



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Lukas dos Santos Costa

**OS DESAFIOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO
DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA
AS RAÍZES INQUISITORIAIS E TRADIÇÕES
AUTORITÁRIAS DO BRASIL COMO ENTRAVE AO
PROJETO CONSTITUCIONAL**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direitos
(Conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Criminais,
orientada pela Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos**

Coimbra, 2021

Os Desafios da Constitucionalização da Política Criminal Brasileira

As raízes inquisitoriais e tradições autoritárias do Brasil como entrave ao projeto
Constitucional

The Challenges of Constitutionalization of Brazilian Criminal Policy

The inquisitorial roots and authoritarian traditions in Brazil as an obstacle to the
Constitutional project

Lukas Dos Santos Costa

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao
grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Maria
Cruz Santos

Coimbra, 2021

Agradecimentos

Esse momento é sempre de muita reflexão. Um mergulho no tempo que se foi, nas memórias vívidas, nos momentos de luto e prazer que essa fase reserva. Escrever uma dissertação de mestrado no contexto de uma pandemia, sob o medo constante pela própria vida e de seus queridos, o amor, o afeto, o carinho, se fazem não só necessários, mas determinantes para a qualidade de qualquer trabalho, e em última instância, qualquer vida.

Por isso, esses agradecimentos não são somente para aqueles que me ajudaram diretamente nesse trabalho, mas para todos aqueles que estavam comigo nesses dois anos turbulentos, e que me ajudam, todo dia, a ser um ser humano melhor.

Em primeiro lugar eu não poderia, nunca, deixar de agradecer ao amor incondicional e o apoio irrestrito dado pela minha família aos meus projetos e sonhos. À Marília dos Santos Costa, Sylvio dos Santos Costa, Beatriz dos Santos Costa, Maria Adília dos Santos Costa, e Maria de Fátima dos Santos Costa, que vocês saibam que esse trabalho só existe por causa do amor de vocês, e do meu amor por vocês.

Não é possível passar por uma aventura além-mar sem amigos, e as amizades construídas e fortalecidas nesse período são de valor indeterminável para mim. Destacar, primeiramente, Maria Carolina Damasco do Rego Vieira. Nos formamos juntos na graduação, nos formaremos juntos no mestrado, a sua amizade é fundamental, o seu apoio é incrível, e nossa amizade era tudo que eu poderia pedir numa parceria dessa que supera a academia, e vira uma irmandade de vida. Muito obrigado por tudo.

À Lucas Estevão Rodrigues de Faria, Maria Letícia Carrinho Galdino, Mariana Louzano Moreira, Natália Neme Pereira, Nicole Silveira Martins Bonadinman, T. Teodoro Travassos Sanchez Rojas e tantas outras, e outros, que estarei eternamente em dívida por não ter colocado por aqui. Conhecê-los em Coimbra foi o presente que essa cidade reservou para mim, muito obrigado por todas as nossas histórias.

À Igor Carmo, Isabella Courel, Gabriel Dottling, Ulisses Stuart Santos, Rodrigo Fatudo Magalhães, Caio Lessa, minhas amigas e amigos queridos. Muito obrigado pelos anos, e por se manterem perto de mim, apesar de longe, quando estava em Portugal. Vocês são incríveis e eu agradeço todo dia por tê-los na minha vida.

Por fim, gostaria de dedicar esse parágrafo ao meu amor, Mariana Vitória Hess. Olhar para a nossa parceria é olhar para um relacionamento que se cultiva e cresce com muito carinho, amor e compromisso a cada momento. Muito obrigado por tudo, você faz da minha vida uma aventura sem igual. Te amo muito.

Epígrafe

Essa dissertação foi escrita no contexto da pandemia de Covid-19, entre Brasil e Portugal, na esperança do poder transformador da Ciência.

Resumo

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo traçar as origens sociológicas e jurídico-criminais das bases do autoritarismo brasileiro no que tange ao processo penal e à política criminal. Em um primeiro momento, tentará entender a dicotomia entre os sistemas processuais penais acusatório e inquisitório, seus princípios, fundamentos, características, e por fim, qual a opção da Constituição brasileira de 1988, e porquê a opção constitui um avanço civilizatório rumo à implementação de um processo penal democrático. Estudará, ainda as contradições entre os preceitos do liberalismo político e sua principiologia democrática e acusatória para o processo penal fundadas na limitação do poder do Estado, com a prática histórica da instrumentalização do sistema penal pelos Estados liberais – sejam clássicos, ou neoliberais – fazendo com que esses Estados aderissem a práticas e políticas autoritárias e de base processual penal inquisitorial. Depois, buscará entender o processo político-jurídico que levou à promulgação da Constituição de 1988, buscando entender o momento histórico de sua edição, bem como os valores, princípios e normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro, para, então, extrair qual seria a política criminal devida à Constituição. O trabalho buscará, então, na interdisciplinaridade das ciências jurídico-criminais com a sociologia e a historiografia para entender os processos que levaram o Brasil à atual política criminal: a Guerra às Drogas. E, por fim, quais seriam os caminhos, através da principiologia constitucional, para a superação dessa condição histórica.

Palavras-chave: Política criminal; processo penal constitucional; racismo estrutural; guerra às drogas

Abstract

This master's thesis aims to trace the sociological and legal-criminal origins of the bases of Brazilian authoritarianism with regard to criminal procedure and criminal policy. At first, it will try to understand the dichotomy between the accusatory and inquisitorial criminal procedural systems, its principles, foundations, characteristics, and finally, what is the option of the Brazilian Constitution of 1988, and why the option constitutes a civilizing advance towards the implementation of a democratic criminal process. It will also study the contradictions between the precepts of political liberalism and its democratic and accusatory principle for the criminal process based on the limitation of State power, with the historical practice of instrumentalization of the penal system by liberal States - whether classical or neoliberal - doing with that these States adhere to authoritarian practices and policies based on inquisitorial criminal procedure. Then, it will seek to understand the political-legal process that led to the promulgation of the 1988 Constitution, seeking to understand the historical moment of its edition, as well as the values, principles and norms that govern the Brazilian legal system, in order to then extract what would be the criminal policy due to the Constitution. The work will then seek the interdisciplinarity of legal-criminal sciences with sociology and historiography to understand the processes that led Brazil to the current criminal policy: the War on Drugs. And, finally, what would be the paths, through the constitutional principle, to overcome this historical condition.

Key-Words: Criminal Policy; Constitutional criminal proceeding; structural racism; War on drugs.

Índice

Introdução.....	9
1: Os sistemas penais da sociedade Ocidental, seus fundamentos e finalidades.....	12
1.1 Sistema inquisitório e suas matrizes ibéricas	13
1.2 A acusatoriedade.....	23
1.3 Conclusões.....	37
2. A contradição entre a relação cárcere e fábrica, e o anseio iluminista pela acusatoriedade, diante das condições materiais impostas pelo Capital.....	39
2.1 O papel do sistema penal na consolidação da nova ordem burguesa	39
2.2 Brasil, o racismo estrutural brasileiro e o sistema penal	51
2.2.1 A criminalização do cotidiano negro.....	52
2.2.2 O empreendimento colonial nas bases do racismo estrutural brasileiro.....	57
2.3 A relação entre neoliberalismo e política criminal no Brasil	59
2.3.1 Crítica à razão neoliberal e sua governamentalidade	59
2.3.2 O Leviatã neoliberal	64
2.3.4 O inconveniente encontro entre o neoliberalismo e o racismo estrutural brasileiro	68
2.3 Conclusões.....	70
3. O projeto constitucional brasileiro e a sua política criminal	73
3.1 A doutrina dos direitos fundamentais.....	74
3.2 A ciência político-criminal vinculada à Constituição e sua potencialidade transformadora.....	82
3.3 Conclusões.....	92
4. A <i>práxis</i> dos agentes do sistema penal brasileiro no período neoliberal e suas violações ao projeto Constitucional.....	94
4.1 A violação sistemática do processo penal para garantir a política do superencarceramento	95
4.1.1 VALOIS e o Direito Penal da Guerra às Drogas: o papel da polícia na política criminal brasileira.....	96

4.1.2 SEMER e o papel do juiz na política criminal da guerra as drogas.....	100
4.2 As explicações político-criminais para a guerra às drogas.....	105
Conclusões.....	110
Considerações finais.....	113
Referências bibliográficas	120

Introdução

O presente trabalho busca identificar no decurso histórico brasileiro seu legado inquisitorial e autoritário, e o contraste – porque não, contradição – a partir da vigência da Constituição cidadã de 1988. A redemocratização, a constituinte e o espírito constitucionalista produziram um documento com uma normatividade e principiologia inéditos no Brasil, representando um avanço inegável para um projeto civilizatório dentro do país.

No entanto, os agentes políticos do sistema penal que carregam o legado brasileiro não foram substituídos pela Carta, estando presentes e produzindo legislações, prisões e sentenças, que reproduzem os valores de um Brasil outrora escravista. É a partir da identificação dessa contradição que constrói o argumento do trabalho.

Em termos metodológicos, para fazer esse estudo recorreremos ao estudo bibliográfico interdisciplinar, recorrendo às ciências humanas, especialmente a criminologia e a sociologia, a dogmática jurídico-penal e jurídico-constitucional. Como marco teórico é possível aferir a inscrição em uma teoria crítica, que recorre ao materialismo-histórico marxista, sem abrir mão das críticas pós-modernas foucaultianas e dos contributos sociológicos liberais, da dogmática jurídica liberal e crítica.

O trabalho também se preocupa em desenvolver uma linguagem simples e objetiva sem esvaziar o peso das discussões. Se a comunicação envolve aproximar o interlocutor do conteúdo pela forma, a dissertação deve estar acessível no tom de sua linguagem para que o documento se comunique de forma eficiente.

Para apresentar a contradição é preciso, em um primeiro momento, estudar as bases teóricas jurídico-criminais que fundam tanto as matrizes do pensamento e práxis do Brasil autoritário, quanto as matrizes do pensamento e práxis do Brasil democrático.

A tarefa do primeiro capítulo é destrinchar e opor os sistemas processuais penais, inquisitivo e acusatório. A partir da análise da dogmática processual penal crítica e da leitura histórica de cada sistema processual, indicamos qual o sistema mais adequado para a qualificação de anseios democráticos, destacando-se a opção constitucional pelo sistema acusatório, dotado da principiologia necessária para a contenção do exercício do poder punitivo e de uma pretensão acusatória baseada na gestão da prova pelas partes.

O capítulo também é responsável por analisar a tradição inquisitorial que remonta as matrizes ibéricas da colonização do território que viria a se tornar Brasil. A Inquisição ibérica e os valores processuais autoritários com finalidades neutralizadoras e estigmatizadoras têm reflexos na sociedade brasileira até o presente.

Esse legado inquisitorial do período colonial é aprofundado nas relações de escravidão. A tarefa do segundo capítulo é identificar o século XIX – que aboliu a escravidão e proclamou a república – como o marco para a seleção do sistema penal como o instrumento brasileiro na gestão do excedente de uma sociedade escravocrata, que até então tratava negros e negras como propriedade, para então passar a trata-los como criminosos.

A política criminal que acompanha o fim da escravidão é um marco que indica o valor histórico atribuído ao sistema penal como o responsável por gerir a discriminação e o racismo estrutural brasileiros, diferente de outros países que adotaram sistemas de segregação cívicas e formais.

Cabe ao segundo capítulo informar sobre o neoliberalismo e sua implementação a nível global e a nível de Brasil. A análise, que parte da premissa foucaultiana de que o neoliberalismo é uma racionalidade de governo, ou uma governamentalidade, estuda quais são os valores adquiridos pela nova receita liberal para o sistema penal.

A práxis neoliberal acaba por reproduzir o legado autoritário brasileiro em toda dimensão inquisitorial e estruturalmente racista em que se coloca. A guerra às drogas e o superencarceramento serão as pautas político criminais dos países ocidentais que aderiram ao neoliberalismo, influenciados pelos EUA.

O exemplo brasileiro merece análise especial não só pelas suas dimensões continentais, o que sempre atribui uma volúpia maior aos números, mas também pela sua condição de ex-colônia. Enquanto o mundo metropolitano ocidental viveu sofrida transição entre Estado de bem-estar social, um Estado de garantias e políticas sociais, e o Estado neoliberal, autoritário na imposição da ordem, omissivo na garantia dos direitos; a sociedade brasileira nunca pôde reclamar um Estado de bem-estar para si. Um sistema importado já autoritário para o Brasil somado ao legado brasileiro tem um resultado aferível do aprofundamento desse legado e da característica do país em se valer do sistema penal a partir de bases inquisitoriais para lidar com os seus indesejados.

A Constituição de 1988 impõe uma barreira normativa contra a tradição autoritária. Não só pelo seu momento histórico, o da redemocratização, como por impor ao Estado brasileiro limites inéditos, principalmente no que tange a preservação dos direitos humanos da sua população.

Já no terceiro capítulo, o objeto principal de análise foi o programa político criminal da Constituição brasileira de 1988. Partimos dele para analisar a interdisciplinaridade entre a ciência jurídico-constitucional e a ciência jurídico-criminal para identificar quais os princípios e normas que fundamentam a extensão dos poderes penais do Estado brasileiro. Para a partir daí, indicar qual a postura político-criminal que o Brasil deve empreender.

No entanto, o objeto do quarto e último capítulo é analisar a antítese da contradição posta pela Constituição de 1988. A guerra às drogas, o título da política criminal neoliberal e em vigência material no Brasil tem categorias processuais penais e político criminais analisadas, com a finalidade de se buscar, pela ciência político-criminal, uma saída para a solução do dilema.

1: Os sistemas penais da sociedade Ocidental, seus fundamentos e finalidades

Os sistemas sempre foram presentes na organização social, na condução das instituições de qualquer sociedade. COUTINHO (2001, p. 28) entende, a partir de uma análise kantiana, que sistema é um “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.

A partir dessa definição, faz-se necessário destacar dois elementos para aprofundar o debate sobre o significativo em questão: o princípio unificador e a finalidade.

O princípio unificador, ou regente, é o “dispositivo articulador de vários elementos” (CASARA E MELCHIOR, 2013, p. 64). Tal princípio traz coerência, conectividade aos componentes do sistema, organizando e fixando, no caso, a posição e o limite de atuação de cada ator jurídico.

A finalidade dos sistemas processuais penais está ligada ao problema que o processo responder. A contradição histórica entre os sistemas inquisitivo e acusatório também se coloca na finalidade: cada sistema busca responder a um problema.

O binômio Tutela dos inocentes vs. Castigo dos culpados (FERRAJOLI, 2002, p. 604) representa o embate que constitui a marca distintiva entre os métodos inquisitivo e acusatório. A marca da inquisição e a limitação do exercício do poder estatal para a garantia de direitos fundamentais é a busca e castigo dos culpados; enquanto a consequente tutela da inocência, a expressão de acusatoriedade.

Ressalva-se que o presente trabalho não se pretende um trabalho historiográfico. A leitura dos momentos históricos da vigência formal e material da Inquisição serão usados em diálogo para buscar a gênese político-ideológica das bases que sustentam as remanescências e autoritarismos manifestados pela contemporaneidade.

Assim, para entender cada sistema, precisa-se compreender seus princípios unificadores, suas características e o objetivo final de cada sistema. A partir desse entendimento, formula-se um estudo sobre o papel histórico-dogmático da confissão enquanto prova processual penal em cada fenômeno sistemático.

1.1 Sistema inquisitório e suas matrizes ibéricas

Como destacado na parte introdutória, a análise em espécie do sistema inquisitório será pautada metodologicamente pelo estudo de princípio regente, das características e das finalidades.

COUTINHO (2015, p. 18) entende que o sistema inquisitório:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido

O sistema inquisitivo é a forma jurídica do exercício sem limites de poder penal, onde a realização do direito penal material, da repressão em nome da Igreja e do Estado absoluto, vigorava como os poderes hegemônicos. A garantia de um processo no qual seja possível escapar do poder penal pelas regras estabelecidas não estava à disposição, por conta disso o processo é um meio para se atingir as finalidades punitivas.

No que tange ao princípio unificador, CASARA E MELCHIOR (2013, p. 69) ensinam que a gestão da prova é a expressão estrutural dessa principiologia, pois, através dela, é possível identificar qual é o modelo processual, tanto do ponto de vista estático/formal quanto do dinâmico/material. Assim, o detentor da gestão da prova indica se o princípio será inquisitivo ou acusatório.

No princípio inquisitivo, a gestão da prova está nas mãos do juiz, e o acusado tende a ser deslocado para a posição de objeto da investigação, não parte efetiva do processo. A inquisição tem como princípio a concentração de poderes na figura do órgão julgador, que produz – ativamente – as provas.

O sistema inquisitivo parte de uma ideia de exercício de poder, intrinsecamente vertical e autoritário, que MAIER (1989, p. 209) descreve como “uma concepção absoluta do poder central, à prevalência do valor da autoridade, à centralização do poder de maneira que todos os atributos inerentes à soberania se reúnam em uma única mão”¹.

¹ CASARA E MELCHIOR (2013, p. 87) destacam que essa concepção é fruto da relação entre regime de poder e processo penal, onde o sistema processual surge e se impõe em função das necessidades político-ideológicas próprias de cada momento histórico. Os autores (2013, p. 65), em diálogo com essa afirmação, também apontam que o processo penal está conectado, “em cruzamento”, com o processo histórico e político.

O modelo inquisitivo busca legitimar dentro do processo penal o fortalecimento do Estado pela concentração do poder e a satisfação de anseios coletivos, naturalmente abstratos, em detrimento dos interesses concretos individuais, postos em cheque diante de um poder estatal.

CASARA E MELCHIOR (2013, p. 88) destacam como características gerais de um modelo inquisitorial: a) forma escrita; b) procedimento sigiloso; c) atividade judicial *ex officio*; d) direcionamento à busca da verdade real; e) comprometimento ideológico com a defesa social. Desse modo, a inquisição abre mão do processo de partes, em nome da busca pela verdade real, da demanda coletiva por punição e pelo combate à impunidade, submetendo o réu ao Estado-juiz.

Esse *modus operandi* produz um estilo que se desdobra em estética e ética inquisitivas. Ambas dizem respeito ao imaginário sobre a relação tanto entre os atores judiciais envolvidos no processo, quanto no lugar do acusado, mas também na forma com que o processo penal lida com o próprio processo penal.

CORDERO (1966, p. 51) destaca duas características do estilo inquisitivo: a) a sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o primado da hipótese sobre os fatos; b) a conversão do processo em psicoscopia, que é a criação de quadros mentais paranoicos e tendências policialescas no juiz. O diálogo entre as duas características se materializa na condução de um processo tipicamente inquisitivo, onde o juiz, ao invés de chegar em uma conclusão após a construção probatória, usa as provas angariadas para demonstrar que a imputação (hipótese) inicial está correta. Demonstrando assim que o magistrado já aderiu à narrativa condenatória no início do processo. Logo, o juiz “constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado” (FOUCAULT, 1988, p. 36).

LOPES JR. (2016, p. 152) destaca as fases de um típico processo inquisitorial medieval, bifásico:

A primeira fase (geral) estava destinada à comprovação da autoria e da materialidade e tinha um caráter de investigação preliminar e preparatória com relação à segunda (especial), que se ocupava do processamento (condenação e castigo)

Assim, o processo inquisitorial se constituía como um processo concentrador, no qual o Estado tinha, nos poderes do juiz, a possibilidade de condenar que assim desejava.

É inconcebível não analisar o lugar do sujeito-acusado no processo. Uma vez que a adesão a uma explicação para a matéria já foi feita antes do sujeito adentrar ativamente no processo, este tem pouca participação em um sistema inquisitivo. Ademais, as concepções ideológicas de defesa social, de combate à criminalidade e a impunidade, geram, não só a objetificação processual do acusado, como a sua despersonalização social.

Nessa esteira de discussão, destaca-se a dupla marginalização do acusado, tanto no âmbito processual, quanto no âmbito social.

A desqualificação jurídica do arguido no processo penal remonta à gênese católica do processo penal ocidental. A constituição de um sistema penal transnacional, com leis, tribunais e verdugos, “armou” a moralidade católica, permitindo a concretização de um domínio político e uma repressão penal sem precedentes na história e que, ao mesmo tempo, exerce grande influência nos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais, principalmente os da família jurídica latina (ZAFFARONI ET AL. 2003, p. 163).

O sistema penal é o instrumento mais valioso do domínio político da Igreja Católica. O direito penal e penitencial canônico legitimam e operacionalizam o exercício desse poder.²

A moralidade cristã adentra o sistema penal pela “promiscuidade entre delito e pecado” (ZAFFARONI ET AL. 2003, p. 163), relação que sacraliza o primeiro e politiza o segundo. Nesse sentido, há o desenvolvimento da intervenção moral-penal no pensamento, uma vez que o pecado (e o delito) pode estar nas mentes dos indivíduos, não apenas em suas ações.

Os autores (2003, p. 164), ainda, destacam que um instrumento ideológico para o favorecimento dessa intervenção moral está na aproximação do direito penal canônico com os deveres de obrigação filial e das prerrogativas do *pater*, “o inquisidor era um ‘pai’”.

Se o juiz era pai, os jurisdicionados, então, eram filhos, e, por consequência, deviam obediência a ele. Nasce então um sujeito culpável, um que, sufocado pela moralidade cristã, deveria internalizar sua culpa e confessá-la. Como aponta os autores, “Nesse novo réu que se constrói para a inquisitorialidade, a resistência à punição é

² Segundo ZAFFARONI ET AL (2003, p. 163) o farão por métodos que subsistem até hoje, implícita ou explicitamente.

entrevista como persistência no ilícito, ilícito que agora tem na conduta punível objetiva não mais que uma referência sintomática de uma condição espiritual negativa que é seu verdadeiro cerne” (ZAFFARONI ET AL. 2003, p. 165).

Esse sistema penal instaura o que ZAFFARONI ET AL chamam de “maniqueísmo penal”, manifestando assim a dialética entre o paternalismo jurídico e o pecado-delito. O tribunal canônico, na figura de ordem sacro-superior agracia o sujeito desviante, que é conduzido à pena, que por sua vez é a salvação da alma pecadora, ainda que isso venha ao custo do extermínio físico do sujeito.

A tortura e morte generalizadas são os instrumentos desse extermínio, legitimadas pela desqualificação jurídica do réu, que funciona como expediente básico de exclusão, desvinculando o sujeito da ordem jurídica. “Almejava convertê-lo num objeto indigno e proteção e misericórdia, ameaçador e temível, cujo extermínio apenas consumará dano irreparável” (ZAFFARONI ET AL. 2003, p. 168).

A retirada da condição de pessoa do réu foi fundamental para a legitimação social da aplicação das penas, afinal, era preciso demonstrar que só os pecadores, os hereges, as não-pessoas estariam à mercê do sistema penal, enquanto a sociedade de bem observava os corpos queimando em praça pública.

Marcada pelo suplício³, esse momento histórico tem como marca na aplicação da pena uma cerimônia pública, ensaiada, planejada para provocar terror e admiração no povo. Para FOUCAULT (2003, p. 49) a exibição dos condenados no momento da execução de suas penas tinha uma função precípua, a afirmação enfática do poder e superioridade intrínseca do príncipe e da igreja⁴.

Atraídos por um espetáculo que deveria aterrorizá-los, “a execução do herege é o grande espetáculo do sistema penal canônico” (ZAFFARONI ET AL. 2003, p. 267) e o povo, o personagem principal nas cerimônias do suplício, acabava por ter um papel ambíguo (FOUCAULT. 2003, p. 57). Uma vez que há a intenção da produção de medo e ostentação

³ Forma da aplicação de uma pena, que segundo FOUCAULT (2013, p. 35) deve obedecer a três critérios principais: produzir uma certa quantidade de sofrimento; o sofrimento ser medido tecnicamente em relação ao ato julgado criminoso e o impacto do ato na vítima; e, pelo lado da justiça, o suplício deve ser ostentoso, constatado por todos

⁴ PRADO (2005, p. 142) afirma que a disputa da autonomia do exercício do poder penal entre Estado e Igreja: “A jurisdição secular, com o fortalecimento das monarquias, a estruturação de uma justiça profissional e a determinação, como critério definidor da competência, do lugar do fato — *forum delicti commissi* —, a partir do século XV supera os tribunais locais e paulatinamente diminui a influência e competência da jurisdição da Igreja, até assinalar a absoluta supremacia da jurisdição do monarca.”

do poder dos soberanos em relação aos súditos, como também devem ser “testemunhas e garantias da punição”, tornando-se parte dela. A participação do ato final do suplício é encarada como um direito do povo, uma garantia de que a pena foi devidamente aplicada, aos olhos de todos.

A forma pela qual o processo e as penas se manifestavam, tanto teoricamente quanto na *práxis*, era de tal forma objetificadora dos corpos perseguidos, que ensejava uma legitimação social proporcionalmente intensa. A transformação processual do sujeito acusado em um inimigo a ser combatido necessitava uma participação popular, que também o encarasse assim.

A publicidade da execução da pena – depois do processo correr em segredo – exercia essa função, instaurando um fenômeno retroalimentar: a desqualificação social acontece pela produção discursiva que, extrapola o processo penal, enquanto o processo garante a rejeição social física do condenado.

Desse modo, o sistema inquisitivo parte de uma premissa concentradora de poder, na qual o Estado – na figura do juiz-inquisidor – detém a gestão da prova, e a produção probatória serve para assegurar uma verdade real, pré-estabelecida no momento das acusações. Todo o aparato sistêmico da inquisitorialidade é voltado para essa centralização, seja pela forma escrita, pelo segredo, ou pela iniciativa de ofício.

Para além dessas características, o estilo inquisitivo, que produz o primado da hipótese sobre os fatos e a transformação do processo em psicoscopia⁵, faz com que a finalidade do sistema inquisitivo seja a caça e a eliminação do inimigo, a neutralização dos corpos hereges. Por fim, transforma o juiz, e sua atividade jurisdicional, em componentes de um órgão de segurança pública.

É importante destacar que a história não é uma linha reta na direção da perfeição civilizatória. Pelo contrário, é submetida a uma série de conflitos, progressos e regressos, dentro da disputa política entre classes dominantes e dominadas. O processo penal não fica livre do curso da história (CABRERA. 2015, p. 158):

⁵ CASARA E MELCHIOR (2013, p. 89) entendem a psicoscopia no sentido da produção cognitiva que concretiza o primado da hipótese sobre os fatos, a partir de “quadros mentais paranoicos e policialescos”. A construção dialoga com CORDERO (1966, p. 43 e ss) ao destacar o processo inquisitorial como “tarefa terapêutica”, sendo a pena o remédio, e o acusado-paciente obrigado a cooperar, querendo ou não. O juiz, portanto, formula seu pré-conceito e buscará as provas para justifica-lo, enquanto ao arguido, cabe a cooperação na confirmação da hipótese do julgador.

A justiça penal, assumida como o fim para o qual direito e processo se aglutinam, não é historicamente representável dentro do esquema de um constante progresso na direção da civilidade. Ela conheceu crises e regressões, junto com fases em que foi submetida a projetos tirânicos e de domínio político. E pode vir a conhecer ainda – parece que estamos, aliás, cada vez mais próximos disso. Reaparecem, tenazmente, mesmo nas sociedades modernas, a vontade de torna-la um obtuso meio repressivo e a pretensão de a transformar em ocasião de impunidade privilegiada.

Na esteira da condução dessa política criminal e do processo como psicoscopia, a construção de uma mentalidade nos atores jurídicos envolvidos nessa relação que tenha acordo com essas características e práticas se fez necessária. A mentalidade inquisitiva exerce papel importante nesse contexto, já que, uma vez adotada pelos agentes estatais e pela sociedade, os questionamentos sobre as práticas estariam minimizados e a eficiência⁶ do sistema, potencializada.

Essa mentalidade perpassa pela expansão, na modernidade, do medo, em seu sentido coletivo e social. A ordem neoliberal – imposta a partir da década de 1970 – coloca o medo e o risco como elementos centrais de sua política, e conseqüentemente, a gestão do medo e do risco, com a escolha política pelo uso do sistema penal como o instrumento para essa gestão.

CASARA E MELCHIOR (2013, p. 89) comentam sobre a relação entre a ordem neoliberal e a inquisitorialidade:

A contemporaneidade é marcada por uma espécie de produção de subjetividade incrustada pelo estilo inquisitivo, que aponta para a predação do outro. No ápice de uma cultura marcada por um narcisismo violento, o cancelamento do outro em sua qualidade de sujeito apresenta-se como a face mais eloquente da abstração inquisitiva do réu, transfigurado que foi de ofensor da vítima para inimigo público

Uma característica da mentalidade autoritária – que tem na inquisição⁷ sua instrumentalidade – se destaca, como descreve FRAGOSO (2015, p. 273), “a criação de grupos-dentro vs. grupos-fora, que conduz à exclusão social. A exclusão do outro é vista como um ato necessário à manutenção da própria inclusão”. Em outras palavras, a gestão

⁶ Encarada como a capacidade de executar seu próprio programa sob os menores custos e riscos.

⁷ “O estranho nas práticas penais germânicas antigas, como o servo ou o judeu no reino visigótico, e também o herege perante a inquisição medieval não são propriamente humanos; eles participam, nas metáforas do discurso judicial de cada conjuntura e na ferocidade do tratamento em que todas recebem, da natureza das bestas. Cada qual, a seu tempo e a seu modo, foi um inimigo público” (ZAFFARONI ET AL. 2013, p. 23).

do medo passa pela seleção daqueles que sentem medo (o eu), e daqueles pelo qual o medo deve ser sentido (o outro⁸).

Anterior à ordem neoliberal e da política de gestões de medo e risco, a ascensão dos direitos humanos, na normatividade internacional e nacional (em 1988, no exemplo brasileiro), trouxe definitivamente as garantias processuais como direito inalienável do cidadão, do humano. Coloca-se assim uma contradição contemporânea: a impossibilidade da vigência normativa de direitos e garantias fundamentais conviver com um sistema material de exclusão, que passa pela instrumentalização inquisitorial do processo penal.

A prevalência é do sistema de exclusão. Atestar essa vitória nos traz dois ensinamentos:

- a) A eficácia da norma não é automática, precisando de uma política de Estado que a implemente em amplos aspectos, principalmente na gestão dos poderes (agentes públicos) e na cultura da sociedade (opinião pública). A implementação da norma deve ser político-ideológica para além da sua adoção pelo ordenamento jurídico.
- b) A ordem neoliberal se vale de elementos constitutivos da sociedade ocidental anteriores à ascensão dos direitos humanos, elementos esses que a dogmática tenta romper, impondo para a última, uma dificuldade histórica de superação desses elementos culturais, políticos e jurídicos, introjetados por séculos na sociedade ocidental.

Está colocada a contradição do curso histórico da contemporaneidade no campo processual penal: as forças reacionárias querem conservar e expandir os mecanismos de controle penal, pela política criminal da gestão do medo; enquanto as forças progressistas querem romper com esses tradicionais mecanismos, pela consolidação dos direitos humanos.

A vitória neoliberal – e, conseqüentemente, do medo e da expansão do poder penal – indica, também, a vitória da ideologia neoliberal entre os agentes públicos que conduzem o processo penal. Nesse sentido, a adesão político-ideológica se torna consciente, como afirma LAMY (2015, p.182)

⁸ Esse outro tem sua seleção feita nas bases classistas e escravagistas da sociedade, sendo o homem pobre e negro o maior alvo tanto do imaginário ideológico do medo neoliberal, quanto da materialidade do sistema penal neoliberal, nas taxas de encarceramento. CABRERA (2015, p. 161) destaca que “as reformas, e as recentes decisões dos tribunais superiores no Brasil, demonstram que o processo penal brasileiro caminha a passos largos para uma reprise das conhecidas obras de Franz Fakfa, na consolidação de um sistema destinado à contenção de inimigos, mais precisamente, dos excluídos.

A inquisitorialidade é algo direcionado e racionalmente imposto sobre as pessoas a quem o sistema penal é dirigido. Trata-se de uma vontade do intérprete em projetar o caráter repressivo da norma, ainda na linha de que o processo criminal tem o escopo de punir, olvidando da necessidade de confirmar materialidade de autoria

A execução dessa política criminal não é fruto exclusivo da mentalidade inquisitiva que ocupa o raciocínio dos juízes criminais. Parte integrante das classes dominantes, apesar de aderir conscientemente à essa ideologia, o juiz também se vê inserido em uma estrutura que busca a manutenção das relações de classe e a estrutura político-social neoliberal.

Essa estrutura se materializa em um *modus operandi* do processo inquisitivo, seja o antigo, seja o contemporâneo. O próximo ponto serve para explorar como a inquisição se manifesta enquanto tática, estratégia, com inícios, meios e finalidades, e em quais graus essa tática se opõe a um projeto democrático de civilização.

Falar em tática, ou estratégia, em uma perspectiva ampla, é tratar de como, quais iniciativas e meios, serão tomados para se atingir a determinada finalidade. Ao tratar da tática de um processo penal informado pelo princípio inquisitivo, falamos de iniciativas e mecanismos necessários para atingir o seu fim: a subjugação e eliminação dos corpos inimigos

Importante ressaltar que o presente tópico não é mera repetição das já comentadas características do sistema inquisitivo. Ao contrário, serve para apontar como essas características se articulam em torno do objetivo final desse modelo processual.

A instauração do processo *ex-officio*, característica já comentada por diversos autores ao longo da pesquisa, é a primeira expressão da concentração de poder que fulcra a inquisitorialidade.

PRADO (2005, p. 141) destaca que a consolidação da Inquisição medieval começa a partir da denúncia, entendida não como a petição inicial do *parquet*, mas como a notícia de um crime, se desenvolvendo para a busca ativa de juízes pela ocorrência criminal. Marca, desse modo, o início de uma atuação jurisdicional de poderes concentrados, na qual o juiz também será acusador, no curso inteiro do processo (LOPES JR. 2016, p. 151).

A abertura do processo por iniciativa do juiz indica a abertura de um processo arbitrário e evidencia sua finalidade: ora, se o fim do processo é a eliminação de

determinados setores da sociedade, o melhor a fazer é selecioná-los desde o princípio. E não há nenhum agente melhor para a seleção que o agente da instrução probatória e da prolação da sentença.

A garantia da seleção adequada se dava na necessidade do respeito formal do juiz pelos limites impostos pela lei. Esse controle, em sede recursal, que poderia ser feito contra a instrução realizada pelo juiz tinha pouca, ou nenhuma, análise material, como destaca MAIER (1989, p. 66):

El juzgador no fundaba su fallo en su convicción, apelando al valor de verdad que la prueba recibida transmitía en el caso concreto, sino que verificaba o no verificaba las condiciones que la ley le exigía para decidir de una outra manera. Claro es que las condiciones impuestas por la ley estaban referidas a la verdad histórica, de manera que representaban condiciones que, normalmente, por experiencia, fundaban una convicción racional, pero, en realidad, el acierto del juicio no dependía de su coincidencia con la verdad, sino de la observancia de las reglas jurídicas previstas, por lo que su control en apelación se asemeja más a un examen jurídico, a un control sobre el recto ejercicio del poder delegado al juzgador.

O juiz era “mero delegado” (PRADO. 2005, p. 143) do Rei, representante-mor do desejo divino, e, por causa disso, estava sujeito a essa análise, caso a condenação fosse de encontro aos interesses do soberano. Em regra, o juiz exercia o papel de executar a política criminal contra o inimigo selecionado pela Coroa e pela Igreja.

Na esteira da fase de instrução probatória, é importante destacar que essa instrução era feita a partir de um sistema de valoração chamado “tarifa probatória” (LOPES JR. 2016, p. 152). A hierarquia entre provas do período tinha a sua rainha na confissão (ZAFFARONI ET AL, 2013, p. 194 e ss.).

A escolha tática pela confissão como prova incontestável e definitiva não era livre de justificativa teórica. O processo penal inquisitivo tem como característica a busca da verdade real, absoluta (LOPES JR. 2016, p. 156), e, por se basear na filosofia cristã, encarar o processo penal como o meio que se atingia a redenção da pratica pecaminosa. A fundação do estilo inquisitório ressoa como fruto daquilo que se opera no campo de uma “ideação de verdade” (CABRERA. 2015, p. 160), que construiu um arcabouço de binômios manejados pelo sistema de justiça criminal: o criminoso como pecador, o crime como pecado; a pena como castigo, a prisão como penitência.

A busca obsessiva pela verdade real, entendimento de que somente o acusado possuía essa verdade, somada às concepções cristãs de arrependimento e redenção pela confissão⁹, produziu “o grande veículo cultural” que introjetou a intervenção moral-religiosa na relação entre crime e castigo.

ZAFFARONI ET AL (2013, p. 204) destaca, por fim:

De ouvido em ouvido, a *sottovoce*, a alma ocidental aprendia uma correlação mística: a penitência (pena) é consequência inexorável do pecado (delito) que cumprida pelo confitente (réu) contrito o redime para Deus (a ordem jurídica). A própria confissão viria a reinar como prova central e decisiva de uma nova dramatização reconstrutiva do crime, conduzida precisamente por quem dispunha do poder de absolver – ou de condenar –, e cuja curiosidade investigatória apenas se saciava com a voz do suspeito.

O primado da confissão, a partir da relação crime-pecado, no processo penal inquisitorial medieval tem uma função de controle ideológico explícita, e, complementar, uma função eficientista na condução processual penal: o controle ideológico se faz para o controle extramuros da sociedade a ser dominada, quando selecionadas pelo sistema penal, suas condenações são céleres e sem afã probatório. A dupla função tática da rainha das provas se mostra interna e externamente ao processo penal inquisitorial.

O processo inquisitorial se mostra, além do mais arbitrário e bárbaro, o mais eficiente no que tange à execução do seu programa finalístico que é, por fim, e desde o início, o controle de um determinado setor populacional selecionado como inimigo.

Na contemporaneidade, expressões de inquisitorialidade podem vir apoiadas no primado da confissão – como na *plea bargaining*, ou outros mecanismos de justiça penal negociada –, mas o debate sobre tática permite a ampliação da análise para além das características estáticas apresentadas pelo momento histórico.

Ora, se a tática é a forma como se chega à finalidade, a primeira pode ser alterada de acordo com as condições sócio-políticas e materiais de cada tempo. As inovações inquisitoriais mantêm bases características – nas expressões de concentração da gestão da

⁹ ZAFFARONI ET AL (2013, p. 198) destaca que esse momento histórico desenvolve um novo tipo de ilicitude, até então inédito no direito europeu: a relação crime-pecado cria uma dupla análise sobre o acusado, uma que se ocupa do delito (*forum externum*) e outra do pecado (*forum internum*). Esse último inaugura uma nova ilicitude “totalmente subjetivizada, totalmente diluída pelos extratos existenciais mais íntimos da vida cotidiana”, a partir da confissão dos desejos pecaminosos, o direito penal canônico passou a encarar o pensamento, o foro interno do ser humano como parte do ilícito.

prova, expansão do poder penal e busca da verdade real – atualizando estratégias para se chegar ao programa finalístico.

Na transição iluminista para um sistema acusatório surgem novas finalidades para o processo penal. Em aspecto geral, desconcentra e controla o poder punitivo, e conseqüentemente, tem como objetivo específico um processo penal que seja garantido direitos processuais para o réu.

Nesse sentido, o programa finalístico do processo penal acusatório não é posterior ao processo, mas anterior: na manutenção estrutural do Estado de Direito e na garantia de que o arguido ingressa no processo como sujeito de direitos, no decurso processual, pelos mesmos motivos estruturais e individuais. Desse modo, a tática processual penal do sistema acusatório é o seu próprio e devido cumprimento, ou como destacam CASARA E MELCHIOR (2013, p. 81), “uma contingência da estratégia democrática de regular o poder punitivo”.

O próximo tópico versa sobre este sistema e suas origens teóricas iluministas e liberais. Analisando a principiologia, as características e seu papel na expansão da democracia e contenção do arbítrio.

1.2 A acusatoriedade

A outra manifestação de sistema processual penal é o acusatório. Construído a partir do princípio regente acusatório (ou dispositivo), esse modelo parte da premissa de que a gestão das provas deve ser feita pelas partes – em contraditório –, que os dois lados devem municiar o julgador de seus conhecimentos e intenções, para que este possa chegar, a partir da dialética entre os elementos trazidos pelas duas partes, a uma decisão justa.

Consequência das revoluções liberais e de seu desenvolvimento intelectual e político a matriz acusatória passa por movimentos de expansão e contração frutos de reações político-ideológicas das concepções do antigo regime (PRADO, 2005, p. 111). Em um primeiro momento, fez prevalecer um sistema misto, dividido em duas etapas - instrução e julgamento - onde a primeira tinha concepções inquisitivas, de escrituração, segredo e pouca participação da defesa, responsável pela aquisição de provas e apreensão dos elementos que constituíram o núcleo do trabalho a ser desenvolvido pela acusação no curso do processo.

No curso do século XIX, as ideias base de um processo acusatório começam a tomar forma nas legislações europeias. As características destacadas por Prado (2005, p. 113) de publicidade, de oralidade, de participação popular no julgamento, de provocação da parte para a participação jurisdicional e de descentralização das funções principais do processo (acusar, defender e julgar).¹⁰

A fundação do liberalismo tem em seu núcleo o esforço político de se limitar os poderes do Estado frente à liberdade individual, o que leva CARVALHO (2008, p. 01) a entender que as principais manifestações do direito na superação do Antigo Regime pela modernidade serão o direito no processo penal e nos direitos políticos, e vai além no debate proposto:

Nesse contexto, o direito penal e o direito processual penal atuaram como parâmetros de tutela à liberdade, sendo que os direitos políticos possibilitariam os canais de acesso do cidadão às decisões sobre as 'regras do jogo'. Este rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico

Mesmo com os ideais acusatórios, de limitação do poder punitivo estatal, os traços e características inquisitivas estavam presentes. Um processo no qual “acentuou-se a tendência acusatória do processo penal, sem prejuízo da manutenção das características basicamente inquisitórias da sua primeira etapa” (PRADO. 2005, p. 111). Essa primeira etapa, com o juiz de instrução ativo na produção da prova e na formulação de um juízo de condenação.

No curso do século XX, depois das experiências fascistas e da consolidação da importância da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, as reformas processuais que se sucederam, buscaram efetivar o sistema acusatório. A fase inquisitória deu lugar ao inquérito, que não poderia mais formular um juízo condenatório. A fase de julgamento por outro lado, buscou efetivar o processo de partes, no qual o juiz deve operar de forma passiva, sujeito as provocações das partes e a gestão da prova, nas mãos dessas partes, qualificando o princípio acusatório dentro do sistema.

¹⁰ PRADO (2005, p. 113) destaca nesse momento a legislação alemã do StPO, dividida em 3 etapas: um procedimento preparatório, dirigido pelo Ministério Público, secreto. Exercido o direito de ação penal, a etapa seguinte é o controle de admissibilidade da acusação, que aceita, passasse a etapa principal, de julgamento. Prado ainda destaca, que nesse momento (1848) o juízo ainda possuía a liberdade de perseguir ativamente meios de prova para obtenção da verdade.

O princípio acusatório é entendido por PRADO (2005, p. 118) como um marco anterior ao sistema homônimo. O autor explica que o “sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório”. Tornar-se evidente, portanto, que o sistema acusatório é a manifestação material dos primados do princípio acusatório.

Para desenvolver o estudo do sistema acusatório – tal como foi feito na leitura do sistema inquisitivo – faz-se necessário entender a base principiológica que fundamenta a normatividade sistêmica concreta. Para isso, buscamos a leitura e desenvolvimento do princípio acusatório e suas características.

PRADO (2005, p. 119) entende que essa resposta deve vir por exclusão, ou seja, afastando o que não faz parte do princípio. Sendo assim, precisa-se determinar quais elementos não fazem jus a um “núcleo básico de processo” fundado na divisão das três principais funções processuais: julgar, acusar e defender.

Se o método é de exclusão, o princípio acusatório deve atuar em oposição ao inquisitivo (PRADO, 2005, p. 120). Assim sendo, analisa-se as diferenças principiológico-normativas da atuação de cada agente processual. Em um primeiro momento, é analisada apenas a perspectiva estático/formal dos agentes.

Em relação ao exercício da jurisdição, a atividade estática do juiz – na condução de um processo primado pela acusação – está fundada no exercício de uma equidistância entre as outras partes que compõem o processo. Dessa forma, observar-se a imparcialidade do juízo como fundamento da atuação desse agente processual.

A imparcialidade deve ser bem entendida (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 79). Isto é, no sentido de se buscar uma expressão concreta da atuação do juiz, como “condição epistemológica estratégica à tomada de decisões num processo penal democrático, sem embargo daqueles que também a vejam como mais um mito”.

O processo de partes em contraditório – do ponto de vista estático – presume de um lado, a acusação, gerindo elementos de prova, a imputação criminal, e um pedido de condenação. Enquanto, a proposta da defesa se coloca no lado oposto, mas ambas as partes, no entanto, estão “dispostas a conformar o juízo ou uma solução da causa penal” (PRADO. 2005, p. 122)

Essa disposição só é possível se capaz de se concretizar se o juízo tomar uma posição imparcial, que nas palavras de PRADO (2005, p. 122) tem duas atividades:

(...) a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.

A imparcialidade do juízo como princípio se concretiza em dois regramentos para a atividade jurisdicional: o princípio do juiz natural e a imparcialidade em sentido estrito. (PRADO. 2005, p. 123). Enquanto o primeiro garante às partes que o juízo competente para a ação penal, assim como as regras do jogo, foi decidido de forma prévia ao julgamento; o segundo garante que o juiz da ação não aderiu *a priori* a nenhuma das hipóteses apresentadas por ambas as partes.¹¹

Portanto, a atividade estática do juiz em um processo derivado do princípio acusatório depende da imparcialidade. Uma vez que (PRADO. 2005, p. 121):

um princípio fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdade, só se desenvolve regularmente em um processo de partes, centrado nas relações recíprocas que se estabelecem

A imparcialidade bem entendida é a garantia de que o órgão jurisdicional não vai intervir nas relações recíprocas entre acusação e defesa. O juiz, conseqüentemente, será o garante das regras do jogo, cabendo a este o controle da legalidade dos elementos probatórios trazidos pelas partes, e pela decisão democrática (CASARA E MELCHIOR. 2015, p. 73), a síntese produzida a partir das teses e antíteses trazidas pelas partes.

No que tange à participação do elemento acusatório no processo e suas funções estáticas (estatuto processual), é fundamental a presença do Ministério Público como ator

¹¹ A partir dessas duas obrigações jurisdicionais, nascem as duas hipóteses de afastamento pessoal do juiz de determinada causa, como explica PRADO (2005, p. 123): “há os casos de impedimento, pelos quais se objetiva excluir o juiz que possa ter interesse no resultado da causa; e existem as hipóteses de suspeição, normalmente voltadas a permitir a substituição do juiz interessado nas partes. De modo geral, as questões que envolvem o primeiro conjunto – causas de impedimento – são impessoais, mas guardam certo vínculo direto com a pessoa do magistrado, enquanto as causas de suspeição são dotadas de caráter predominantemente pessoal (ex. da primeira: ter o juiz funcionado anteriormente, no mesmo processo, como perito; da segunda: ser o juiz amigo pessoal da vítima)”

processual, e legítimo interventor nas ações penais¹². DIAS (1992, p. 26) fornece o devido destaque:

O ministério público constitui ao lado do tribunal, um órgão autônomo de administração da justiça, não pertence, porém, ao poder judicial, nem a sua função cabe no exercício da função judicial, em sentido estrito, ou “jurisprudência”: o ministério público colabora com o tribunal na realização do direito, mas só a este cabe o processo de aplicação e de declaração do direito no caso e, conseqüentemente, às suas decisões, a autêntica força de caso julgado.

A autonomia¹³ entre ministério público e juízo garante a funcionalidade e finalidade acusatória de ambos: o juízo não recebe os elementos que constituem a pretensão acusatória, antes de seus devidos tempo e modo, não se contaminando com estes elementos, garantindo assim a decisão imparcial. Enquanto o órgão responsável pela condução da acusação não sofre pressões do Estado-juiz para executar algum projeto punitivo que parta do judiciário, ou até do próprio juiz da causa.

Além da característica da autonomia, que pauta a relação entre Estado-acusador e Estado-juiz, DIAS (1992, p. 25) destaca, com base no art. 53º, I, do código de processo penal, a finalidade do ministério público: colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito.

Derivam dessa finalidade duas características importantes da atuação ministerial na condução de sua intervenção penal: a) a primeira é que a intenção de verdade e justiça é o Norte dessa atuação; b) a segunda – consequência da primeira – é que não há vinculação do ministério público com uma acusação, muito menos com um pedido acusatório.

Nesse sentido, mostra-se a importância da autonomia do órgão acusador frente ao julgador. A título de exemplo e comparação, o órgão julgador não pode condenar um arguido para além do pedido condenatório constante na peça de acusação, ao passo que o

¹² DIAS (1992, p. 26) ainda destaca que, mesmo em ações penais privadas, o ministério público não perde, necessariamente, a sua finalidade primária no sistema: se a actuação do ministério público não é descaracterizada até ao ponto de aquele perder a sua natureza de órgão de administração da justiça interessado na verdade e a realização do direito (art. 50º - 2), já só pode ela ter lugar dentro dos estritos limites que o objecto sejam postos pela vontade do assistente (art. 285º - 3).

¹³ DIAS (1992, p. 23) irá entender que o marco do princípio acusatório no que tange à acusação reside na divisão e conseqüente autonomia, entre o juiz e o ministério público.

órgão acusador, em certa medida, tem a oportunidade¹⁴ de ofertar, ou não, uma acusação em si, dentro de certos limites, também impostos pela lei.

No mesmo caminho, só o Estado-juiz tem o poder jurisdicional, sendo que “só a este cabe o processo de aplicação e de declaração do direito no caso, e conseqüentemente às suas decisões, a autêntica força de caso julgado” (DIAS. 1992, p. 26). A divisão de funções entre o Estado-juiz e o Estado-acusador está demonstrada.

No outro lado da disputa intelectual, os princípios e sistema acusatórios impõem duas mudanças principais: a elevação do arguido à sujeito de direitos, com prerrogativas e proteções contra arbitrariedades estatais, e o primado da importância da defesa na condução do processo penal.

Para demonstrar essa primeira intenção, nos valem a partir do art. 60º da Constituição portuguesa¹⁵ e o comentário de DIAS (1992, p. 26) sobre o dispositivo:

Assim se prossegue o caminho, progressivamente trilhado desde o surgimento do processo penal reformado, de assegurar ao arguido uma cada vez mais consistente e efectiva condição de sujeito, que não de mere objecto – como no processo de estrutura inquisitória, ou mesmo, a muitos títulos, no de inquisitória mitigada ou “mista”

A superação da perspectiva objetificante do sujeito perseguido faz parte da busca, através da divisão de poderes e funções no processo penal, de atingir as finalidades próprias de um processo que visa limitar a atuação estatal, conter arbítrios e garantir a produção de um resultado justo. Despersonificar o sujeito alvo da ação penal é

¹⁴ O dilema Oportunidade X Legalidade (Cf. ANDRADE, MANUEL DA COSTA. Consenso e Oportunidade. 1995; e CAEIRO, PEDRO (2000). Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema) se coloca a partir do choque entre o princípio da legalidade, que obriga o órgão-acusador a ingressar com uma ação penal para qualquer crime que se tenha notícia, e a impossibilidade prático-material de realização desse programa, bem como de espaços históricos e modernos, de oportunidade observáveis no processo penal. DIAS (1992, p. 25) entende que há um erro em se atribuir ao ministério público – deduzido do direito penal substantivo – uma obrigação, um dever de acusação em processo penal. O espaço de oportunidade deve se construir “sob pressupostos legalmente determinados e em função da realização de finalidades pré-estabelecidas”, exatamente para evitar a omissão de acusação que parta da arbitrariedade advinda de natureza política, interesse governamental, ou de infundada discriminação. A normatização dos espaços de oportunidade resolve o problema do arbítrio em relação a legalidade. Afinal, se os limites da incidência do arbítrio estão determinados pelo mesmo processo legislativo e conjunto principiológico nos quais, o direito penal, e o resto do processo penal, foram consolidados, o espaço de oportunidade estará plenamente em acordo com a legalidade.

¹⁵ “Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e de deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei.”

instrumento de projetos expansionistas do poder punitivo, personifica-lo é instrumento de garantia da sua contenção.

Para concretizar a condição de sujeito de direitos do arguido era preciso que, para além da previsão legislativa dos status para o arguido, a prática processual penal viesse acompanhada de uma valorização do papel do exercício da defesa técnica e da importância estrutural¹⁶. A defesa passa a ser parte essencial do novo sistema (acusatório) que estava sendo construído, e uma nova principiologia, em torno da atividade defensiva, se converte em normatividade processual penal e compõe a estrutura da operação do processo.

O direito de defesa é definido por DIAS (1995, p. 28) como uma categoria aberta à qual devem ser imputados todos os concretos direitos, de que o arguido dispõe, de co-determinar ou conformar a decisão final do processo. Dele são derivados uma série de outros direitos que se converteram em regras processuais com a finalidade geral de regular estruturalmente o processo penal na sua forma acusatória e garantir ao arguido a condição de sujeito de direitos.

As exigências democráticas do direito de defesa (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 513 e ss) são o contraponto acusatório diante da despersonalização do arguido, propondo elevá-lo à condição de sujeito de direitos no processo. A participação da defesa é composta de função estrutural – que funda e regula o sistema – e individual, na garantia dos direitos fundamentais no curso do processo para cada cidadão.

O contraditório se coloca como uma das principais estratégias de regulação do poder punitivo estatal (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 513), pois conta com a possibilidade da disputa dialética da narrativa probatória processual. Em paridade de armas, é a fonte de legitimidade do exercício de poder contido em uma eventual sentença condenatória que, formada a partir de um processo penal em que o contraditório foi devidamente respeitado, garante, desse modo, a decisão é justa.

Do contraditório é possível extrair mais dois direitos defensivos (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 513): o direito à informação e a possibilidade de reação.

O direito a informação diz respeito à exigência de uma imputação adequada (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 514). Além das formalidades comuns de citação e

¹⁶ Como mecanismo de sustento, manutenção e fiscalização da justiça, para além da defesa individual.

intimação, na acusação é preciso constar o fato imputado, materialmente e formalmente, nas palavras de CASARA E MELCHIOR, (2013, p. 514) em sua dupla dimensão, fática e normativa, de forma a mostrar para o arguido o porquê de estar sendo acusado, para então garantir as capacidades de ampla defesa, contraditório, em suma, o direito de defesa:

Exige-se, portanto, da Agência acusatória, aso pretenda a condenação de um acusado, um cuidado e esforço maior. A inicial acusatória adequadamente formulada constitui condição *sine qua non* para o exercício da ampla defesa. Isto significa que a acusação deve, em atenção à leitura constitucional do art. 41 do atual Código de Processo Penal¹⁷, esforçar-se ao máximo para descrever o fato penal imputado com todas as suas circunstâncias (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 514).

Ser propriamente informado do objeto da acusação se mostra fundamental, para além dos motivos já destacados, para o exercício do direito de reagir à acusação, que integra a gestão da prova, realizada pelas partes, no processo penal acusatório.

O outro derivado direto do contraditório destacado por CASARA E MELCHIOR (2013, p. 516 e ss) é o direito de reagir à acusação. Sendo uma atividade defensiva, o direito de contrapor e gerir a prova junto ao *parquet*, constitui uma expressão material da adequação do processo penal ao modelo acusatório.

O desafio dessa consolidação reside na desigualdade entre o defensor e o acusado, seu assistido, e todo o aparato estatal de repressão penal. Como destaca MAIER (2004, p. 578):

Ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado y, por ello – por su pesada tarea: deber de prevenir y averiguar los hechos punibles –, disponen de medios que, salvo excepciones históricas, meramente prácticas, debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son, jurídicamente, posibles de equiparar.

A possibilidade material do acusado de contraditar a prova produzida pela acusação, participando da gestão da prova no curso do processo não é suficiente para resolver o desequilíbrio entre cidadão e Estado. Necessita-se de uma principiologia articulada com o contraditório para resolver essa desigualdade de forças que só a participação ativa do réu na gestão da prova não resolve.

¹⁷ Art. 41 CPP. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

CASARA E MELCHIOR (2013, p. 517) demonstram qual a opção metodológica da acusatoriedade ao lidar com a problemática:

Contudo, é justamente para dar conta dessa desigualdade que o processo penal conta com um modelo de valoração da prova tendencialmente favorável ao acusado. Em matéria penal, a prova de cada elemento constitutivo do delito deve ser estabelecida “*para além de uma dúvida razoável*”. Trata-se da dimensão probatória do princípio da *presunção de inocência*.

A articulação entre preceitos, normas e regras processuais penais demonstra a definição inicial de sistema como conjunto de regras informados por um princípio regente. Se o princípio é o dispositivo e a sentença justa é construída a partir da contradição entre os elementos probatórios geridos pelas partes em igualdade formal e material, é preciso garantir todos os elementos dessa definição, que constitui uma das finalidades do processo penal nesse modelo.

Nesse sentido, em diálogo com o contraditório e seus derivados, o direito de ampla defesa (em sua dimensão negativa, do direito ao silêncio) e o direito à presunção de inocência devem ser permanentes para a consolidação de todas essas garantias. O que leva CASARA E MELCHIOR (2013, p. 517) a afirmarem que no processo penal o réu pode optar pela inércia e, mesmo assim, ser absolvido.

Por fim, se o direito à informação é o derivado do contraditório no sentido de uma prestação estatal ativa na realização de um processo penal acusatório, o direito de reagir à acusação é a liberdade necessária à defesa para a consolidação dessa estrutura. O contraditório se mostra uma tarefa dinâmica de todos os sujeitos envolvidos no processo, além de suas previsões normativas.

Na busca pela consolidação do direito de defesa e na consolidação do sistema processual acusatório, há uma vedação ao Estado-judicial de, em caso de recurso à sentença somente da parte acusada, não ser possível que a sentença seja reformada em um sentido prejudicial ao réu. A vedação à *reformatio in pejus*.

Em forma direta, é a segurança jurídica dada ao condenado (MAIER. 2004, p. 593) de que, ao recorrer da sentença sozinho, não verá sua situação piorar. A justificativa reside na efetivação da ampla defesa, uma vez que o recurso, o acesso ao direito de duplo grau

de jurisdição, não pode ser limitado ou inibido pela ameaça de agravamento da situação do réu¹⁸ (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 520).

A metodologia de PRADO (2005) de identificar por exclusão os elementos que compõem o processo penal acusatório reserva sua importância no sentido de demonstrar que a construção teórica do princípio acusatório há de se consumir mediante oposição ao princípio inquisitivo (PRADO. 2005, p. 174).

Dessa forma, para consolidar um modelo acusatório de forma estática, é necessário que os agentes envolvidos tenham funções diferentes das de um processo inquisitório. O juiz, que investiga e gere a prova, é substituído por um juiz deslocado para o centro do processo, enquanto há um órgão estatal autônomo, que conduz a gestão da prova junto à defesa.

No que lhe concerne, a atividade defensiva merece especial destaque. Uma vez que a principiologia geral da acusatoriedade prima por um arguido sujeito de direitos e também pelo controle do poder punitivo estatal, nascem uma série de limitações e as defesas técnica e pessoal tornam-se protagonistas da condução do processo.

Em outra perspectiva metodológica, – complementar à de PRADO (2015) – CASARA E MELCHIOR (2015, p. 69) entendem que analisar um princípio unificador é analisar a sua “expressão estrutural”, qual seja, a gestão da prova. Analisar sob quais agentes está alocada a responsabilidade de gerir a produção probatória é o que permite identificar se um sistema é inquisitivo, quando a gestão da prova está nas mãos do juiz, ou se é acusatório, quando a gestão da prova está nas mãos das partes.

LOPES JR. (2018, p. 44) também destaca a gestão da prova como marco de análise, tanto do princípio unificador, quanto do próprio sistema processual penal. Destaca o autor:

(...) é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetiva. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das

¹⁸ CASARA E MELCHIOR (2013, p. 521) ainda destacam a inadmissibilidade da *reformatio in pejus* indireta, ou seja, aqueles casos em que, em sede de recurso, a sentença é anulada, ao remeter os autos ao juízo *a quo*, este também está vedado de sentenciar de forma a prejudicar o réu em relação à sentença anulada. Nas palavras dos autores o juiz está proibido de prolatar uma decisão/sentença que piore a situação jurídica do réu em relação àquela declarada no primeiro julgamento que acabou anulado.

partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

A identificação da prova se torna elemento central nessa discussão porque identificar qual o sistema analisado a partir das atuações dos agentes envolvidos, seus poderes e prerrogativas. A valia desse método – e o diálogo com a metodologia anterior – se encontra a partir do momento em que é demonstrado que a função dos agentes nos dois sistemas processuais penais é antagônica.

Nesse sentido, enquanto a principiologia inquisitória prima por um juiz inquisidor, detentor da gestão da prova, e um arguido submetido ao processo penal, a principiologia acusatória limita os poderes do juiz, delegar a acusação para outra agência, e elevar o réu à condição de sujeito de direitos, deslocando a gestão da prova para os polos processuais – acusação e defesa – enquanto o juiz estará inerte, no centro da discussão, esperando o duelo intelectual das partes para decidir baseado na construção dialética da prova.

A consolidação de um processo penal com a máxima acusatoriedade possível (CARVALHO. 2015) perpassa para além da constituição de um ordenamento jurídico que o institua. O estudo impõe assim uma última metodologia de análise¹⁹, que rompe com a análise dicotômica entre os dois sistemas processuais penais, a partir de uma análise histórica (CARVALHO. 2015, p. 140 e 141):

E ao pensar a lógica inquisitória como variável constante na configuração da estrutural penal repressiva, talvez fosse mais coerente, ao invés de dicotomizar os sistemas processuais penais em acusatório e inquisitório, identificar os graus de inquisitorialismo presentes nos distintos momentos históricos nos diversos discursos de legitimação e nas diferentes leis processuais penais

Essa capilaridade do inquisitorialismo sobre sistemas processuais penais acusatórios também é apontada por FERRAJOLI (2002, p. 561 e 562) ao comentar a *décalage* observável por esse fenômeno. Isso significa que é possível – e historicamente

¹⁹ A metodologia de CARVALHO (2015) reside importante na tarefa de desvelar as práticas autoritárias do dia a dia. No entanto, CASARA E MELCHIOR (2013, p. 96) contribuem com um adendo, reclamando o sistema acusatório como um norte a ser alcançado: isso não deve resultar, ao que nos parece, na exclusão do signficante “acusatório”, pois implicaria na perda de um importante sentido (as palavras antecipam sentido para o intérprete, como já ensinava Lacan) da cadeia “*nemo in iudicium tradetur sine accusatione*”. Dizer acusatório é produzir uma nomeação que remete ao lugar de cada ator judicial. Assim, a presença desse signficante contribui à regulamentação do exercício da acusação e, em última instância, do poder penal.” (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 97)

aferível – que normas e *práxis* normativamente inferiores se sobreponham à principiologia e à normatividade superior, sendo essa a forma em que o estilo inquisitivo invade sistemas acusatórios, reduzindo os valores constitucionais que sistematizam a acusatoriedade.

CASARA E MELCHIOR (2013, p. 95) elucidam a questão:

Já no plano da praxe, com a insistência pretoriana em não submeter o Código de Processo Penal de 1941 a uma filtragem constitucional, em especial por insistir que a gestão das provas permaneça nas mãos do órgão julgador (consoante “autoriza” o artigo 156 do CPP, apesar das reformas parciais), tem-se a perversão do sistema. Em outras palavras, o modelo acusatório desenhado pelo legislador constituinte revela-se no dia a dia engenhosamente inquisitorial, dando azo a perversões de múltiplas espécies

A Constituição Portuguesa, por outro lado, assume expressamente o sistema acusatório como próprio, ao contrário da brasileira, onde o sistema acusatório é aferível a partir da sua principiologia. No entanto, o sistema acusatório português sofre um tempero inquisitorial, por meio do princípio da investigação contido no art. 340, onde se prevê a liberdade para o juiz decretar a produção de provas de ofício, cumprido o requisito da prova concernir ao objeto do processo (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 19).

CARVALHO E BRANDÃO (2009) constroem a crítica à adequação da *práxis* portuguesa com a indicação constitucional, a partir da posição exercida pelo Ministério Público no processo. Para os autores, o Ministério Público não exerce, propriamente, a função de parte processual, pela determinação do art. 53.1 do código processual penal (2009, p. 64).

Essa posição, de colaborador do juiz na descoberta da verdade real, abre uma lista de problemáticas:

- a) A inclusão do Ministério Público como autoridade judiciária, e não parte processual, fere de morte o modelo acusatório (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 63), estruturado sob as bases da tripartição de poderes entre acusação, defesa e julgador. Dessa forma, o órgão ministerial passa a ter poderes que não teria, caso estivesse ocupando uma posição digna de um sistema acusatório.²⁰

²⁰ “Não sendo considerado parte na ação penal, o Ministério Público, como visto, pode decretar a detenção do arguido, que pode ser levado a sua presença inclusive para ser interrogado. Pode, também, praticar outras medidas constritivas como a busca pessoal e a apreensão de coisas, e, excepcionalmente, a busca domiciliar.

- b) Esse deslocamento de parte processual para o exercício de autoridade judicial impacta, em outro sentido, a defesa, que fica evidentemente prejudicada, desequilibrando a necessária igualdade processual (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 63) marca obrigatória do sistema acusatório.²¹
- c) O juiz, imbuído da busca pela verdade real, também, é um problema para o sistema acusatório. A questão reside na presunção de inocência, uma vez prevista como uma das bases do processo penal dos dois países, deixando a tarefa de destruí-la – quando for o caso. Não há justificativa constitucional para atribuir função de busca ativa da prova pelo órgão julgador, devendo vigorar sua posição equidistante e imparcial (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 64).

Por fim, concluem os autores, em estudo comparado, indicando que no que tange ao sistema processual, ambos ainda estão contaminados pelo modelo inquisitivo (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 64), fazendo uma ressalva:

Nesse particular, o Código brasileiro, ainda que antigo, é mais bem inspirado, pois só admite que o Ministério Público tenha atuação de parte, ainda que uma parte *suis generis*, como consagra a doutrina. Nenhuma daqueles poderes acima enumerados podem ser praticados pelo Ministério Público brasileiro. E, com certeza, esse é o melhor modelo para preservar a igualdade das partes no processo penal e para efetivar as garantias constitucionais do réu.

A oposição entre regras constitucionais e *práxis* de base inquisitorial, ou de normas no código de processo penal e demais legislações infraconstitucionais, se configura como perversora do sistema acusatório e demonstra um ponto de encontro entre os dois sistemas. Entretanto não cria um sistema misto, mas um sistema essencialmente inquisitório (LOPES JR. 2018, p. 45 e ss), ainda que a norma superior imponha formalmente a um sistema acusatório, pela capacidade que a inquisitorialidade tem de ser exercida, como já destacada na análise de FERRAJOLI (2009).

Para além das reformas e revogações legislativas necessárias, ressaltamos como importante construir a noção de que há uma opção política pelo sistema acusatório – no

Pode proibir que o arguido se entreviste com quem quer que seja, desde que não seja o advogado, em crimes graves como terrorismo” (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 64)

²¹ “Quanto à defesa técnica, a Constituição brasileira foi adianta da portuguesa, ao prever um órgão estatal para promover a defesa de quem não disponha de recursos, a Defensoria Pública, o que se justifica plenamente pelo déficit educacional e econômico da esmagadora maioria dos réus. Em Portugal, a defesa dos carentes de recursos é feito por advogados indicados pela ordem respectiva” (CARVALHO E BRANDÃO. 2009, p. 64)

Brasil através da Assembleia que redigiu a Constituição – e que tal escolha também denota a opção por uma determinada ética (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 95).

Nesse sentido, é preciso o envolvimento ético e compromissado dos agentes – especialmente os estatais – envolvidos no processo penal (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 96):

Máxima acusatoriedade possível que indica para os atores jurídicos uma ética de respeito à dimensão humana do julgador (que deve se reconhecer incapaz de descobrir a verdade “real”, uma vez que todo o conhecimento sempre é parcial), de aceitação da alteridade (de respeito ao outro, ainda que esse outro se encontre em uma situação de vulnerabilidade consistente no fato de figurar no polo passivo de uma ação penal) e de compreensão do processo penal como um instrumento de redução dos danos causados pelo poder penal e de garantia dos direitos fundamentais.

A atuação dos que compõem as agências do sistema penal deve ser orientada desde a matriz principiológica do sistema acusatório, tendo em vista que somente a instituição normativa de um sistema acusatório não garante a sua eficácia, pelos instrumentos históricos demonstrados, quais sejam, a capilaridade da inquisitorialidade, a sua capacidade de através de normas e práticas administrativas e judiciais de perverter o sistema mais democrático. Para além do direito, a acusatoriedade é uma opção de comportamento político do Estado, e seus agentes devem se comportar da mesma forma, na condição seus de representantes.

1.3 Conclusões

Marco europeu do período medieval, do antigo regime e do colonialismo, a inquisitorialidade constitui instrumento autoritário que traduz herança ocidental em matéria processual penal desse momento histórico. Um processo pautado na concentração e expansão do poder penal que tinha, no juiz, o detentor da investigação, da gestão da prova, em busca da verdade real.

Um sistema marcado na profunda despersonalização do arguido, transformando-o em mero objeto de investigação, possuidor da verdade real, que deve ser extraída a todo custo.

Nessa busca, a inquisitorialidade cria uma ética, um estilo e uma tática, todas articuladas para eliminar o alvo. No plano ético, os discursos de segurança e interesse públicos, tornam o juiz-inquisidor um membro do combate ao crime. Como combatente, assume um estilo, uma postura inquisitorial, que vai orientar o julgador a partir de quadros mentais paranoicos, em torno da sua função e do que deve fazer com o réu, partido do primado da hipótese sobre os fatos. Por fim, para realizar materialmente a ética e o estilo, a inquisitorialidade se vale de uma tática, marcada pela hierarquização das provas, tendo na confissão, sua rainha.

O período das Luzes ascendeu e as revoluções burguesas buscaram instituir um sistema que rompesse com essa instrumentalização pró-condenação (eliminação) do processo.

O sistema acusatório é o esforço liberal de se construir uma decisão justa, a começar pela renovação das funções dos atores jurídicos envolvidos no processo. O juiz, inerte e imparcial, é deslocado para o centro do processo, enquanto a acusação, constituída essencialmente por um órgão estatal autônomo, e a defesa realizam o embate dialético da produção e gestão da prova – formalmente horizontal – para efetivação de uma sentença justa, distante de intenções condenatórias prévias.

Esse empenho cria uma série de princípios, regramentos, liberdades e garantias, materiais e processuais, que elevam o arguido da condição de objeto para a condição de sujeito de direitos, atribuindo uma posição de protagonismo do réu no curso do processo.

A despersonalização do réu, inimigo da inquisitorialidade, dá lugar ao equilíbrio entre acusação e defesa.

O processo acusatório – diferente do inquisitório (que instrumentaliza o procedimento para a eliminação do inimigo) – tem como finalidade a contenção do arbítrio e da expansão do poder punitivo, sendo fundamental para a legitimação liberal da imposição da responsabilidade penal e a aferição de um Estado democrático de direito.

No entanto, a característica histórica que permite a influência inquisitória em sistemas constitucionalmente acusatórios, por normas de nível inferior e pela *práxis* das agências punitivas, merece atenção no que concerne a consolidação de um sistema acusatório materialmente. A capilaridade da inquisição nos sistemas acusatórios é fruto da herança política, social, ética e estética do período medieval, e se mostra presente nas manifestações autoritárias do mesmo Estado liberal que buscou romper com essas bases.

Tangencial à ascensão do capitalismo e a relação histórica entre sistema penal e sistema produtivo capitalista – e o autoritarismo que o acompanha – as revoluções burguesas e o Iluminismo trouxeram essa necessidade de conter o poder punitivo do Estado, propondo um novo sistema processual penal, como analisado no presente capítulo.

O sistema acusatório tem essa função: limitar os poderes dos agentes da persecução penal e elevar o arguido à condição de sujeito de direitos. Todavia, as tradições inquisitoriais do passado e as políticas criminais contemporâneas ainda se mostram um obstáculo para a efetivação desse sistema.

O próximo capítulo se debruça diante a contradição entre o processo penal pensado pelas revoluções liberais e a atuação dos agentes que compõem o sistema penal dos Estados Liberais, na consolidação do capitalismo e na contemporaneidade neoliberal.

2. A contradição entre a relação cárcere e fábrica, e o anseio iluminista pela acusatoriedade, diante das condições materiais impostas pelo Capital

2.1 O papel do sistema penal na consolidação da nova ordem burguesa

A mentalidade inquisitiva e o uso do sistema penal para a perseguição e extermínio da população indesejada não ficou no passado após as revoluções liberais e a concretização do Estado burguês. Uma diferença se mostra presente, visto que o sistema penal passa a ser instrumento fundamental na gestão da nova economia capitalista.

O momento político também é marcado por uma disputa política na sociedade em que a burguesia, em ascensão, lutava pelo avanço do iluminismo nas áreas da sociedade e do direito, enquanto as forças aristocráticas pressionavam pela conservação do sistema jurídico-social do antigo regime. A obra que inaugura a análise – sob bases dialéticas – dessa disputa no campo criminal é de Karl MARX²², pelo jornal Gazeta Renana, analisando a lei de furto de madeira editada pela Renânia.

Esse conflito apontado resultou em uma “normatização burocrática progressiva” (BENSAÏD. 2017, p. 12), que revogou a legislação de aspiração francesa e introduziu o direito prussiano no processo penal da região. A instrumentalização do sistema penal pela burguesia em ascensão passa pela necessidade de consolidar uma sociedade baseada na propriedade privada²³ e na produção em propriedade privada.

A necessidade política da edição dessa lei penal passa pelo aumento crescente do furto de madeira de florestas privadas. Somada ao fator econômico de que a madeira era matéria-prima fundamental no processo produtivo da época, a integração da madeira no circuito de criação de valor comercial torna seu valor de uso e seu valor de troca indissociáveis (BENSAÏD. 2017, p. 17).

Por conta disso, os setores burgueses pressionavam pela criminalização do que, até então, era direito consuetudinário de todo homem, e os camponeses, que passavam

²² Originalmente publicado em 1841

²³ BENSAÏD (2017, p. 23) ainda destaca a contradição posta entre direito dos possuidores e direitos de propriedade, e o problema do usufruto individual de um bem adquirido mediante o direito de propriedade, ao analisar a contraposição feita por Marx entre direito consuetudinário antigo e o formalismo contratual do direito jurídico. Destaque que os direitos de uso dos comuns (que versavam sobre à criação de animais – direito de passagem, pasto, respiga) e à exploração das florestas na forma de coleta de madeira morta, e que a partir do séc. XVII, com as revoluções liberais, a nova nobres passou a atacar esses direitos, revogando-os e até criminalizando práticas comuns centenárias, como a do objeto do texto de Marx.

por uma crescente pauperização em massa (BENSAÏD. 2017, p. 16), que coletavam a madeira para mera subsistência²⁴, se viram criminalizados pelo Estado em prol dos interesses dos proprietários das florestas, que viam a madeira não como fruto da natureza, de consumo imediato para subsistência, mas como uma mercadoria, como algo para a venda.

MARX começa os debates sobre a referida lei colocando a problemática da equiparação entre ajuntar madeira seca e o mais bem planejado furto de madeira (2017, p. 80). Expondo princípios e conceitos do Direito Penal material, que deveria basilar a produção legislativa na área, o autor aponta (2017, p. 81):

No caso da madeira caída no chão, em contraposição, nada é tirado da propriedade. Tira-se da propriedade o que já foi tirado dela. O ladrão de madeira profere uma sentença autocrática contra a propriedade. O coletor de madeira seca apenas executa uma sentença já proferida pela própria natureza da propriedade, pois o que se possui é a árvore, mas a árvore já não possui aqueles galhos.

Desse modo, ajuntar madeira seca do chão e roubar madeira são coisas essencialmente diferentes. O objeto é diferente, a ação em relação ao objeto não é menos diferente e, portanto, a intenção também tem de ser diferente, pois que outro critério objetivo teríamos para julgar a intenção além do conteúdo e da forma da ação? E, a despeito dessa diferença essencial, ambas as coisas são chamadas de furto e punidas como furto.

A confusão legislativa na equiparação das duas condutas ao mesmo tipo penal demonstra a violação formal das regras do direito penal, principalmente no que tange a configuração do dolo. Não parece uma mera falta de acúmulo teórico do legislador da época, entretanto a instrumentalização dos mecanismos de responsabilização penal para instituição de uma nova ordem jurídica, econômica e de pensamento.

Essa criminalização institucionaliza uma nova forma de criminalidade²⁵. A lei pretendia proteger a propriedade (e os proprietários) da perda de valor da madeira no mercado pela sua apropriação por parte dos camponeses.

²⁴ Lista destacada por BENSAÏD (2017, p. 16) mostrava que o que era qualificado como furto de madeira, era atividades comuns de camponeses, para mera subsistência, “furto de mirtilos e outros frutos do bosque; fruto de produtos florestais necessários à produção de escovas e vassouras, ou usados como alimento para gado; furto de gravetos para a produção de torniquetes; furto de madeira para o conserto de utensílios domésticos ou agrícolas; furto de madeira para a construção de ripas de telhados; furto de madeira para a confecção de varas de lúpulo; furto de madeira para fazer escadas, cavaletes andaimes; furto de vime para fazer cestos; furtos de feixes de madeira para usar como lenha”.

²⁵ E de criminoso: o camponês pauperizado. MARX E BENSAÏD (2017) destacam a contradição entre direito consuetudinário dos pobres e o direito de propriedade privada. Na virada revolucionária em direção ao capitalismo e a instituição do direito positivo, o direito consuetudinário dos pobres – ligado à economia

Para a análise dessa instrumentalização no decorrer do curso histórico, SOUZA (2018, p. 101 e ss) estabelece um tripé analítico a partir de obras, enviesadas pelo método materialista histórico, sem se furtar de outras matrizes teóricas que se mostram fundamentais. As obras e seus autores²⁶ irão determinar a relação entre sistema criminal e sistema produtivo a partir de três âmbitos: o econômico-político; o disciplinar e político-ideológico; o político-econômico e ideológico-disciplinar.

No âmbito econômico-político, *RUSCHE E KIRCHHEIMER* (2004) analisam a transição do feudalismo para o mercantilismo e depois do mercantilismo para o capitalismo liberal-iluminista. Além disso, analisam a relação dessas transições econômicas com as políticas criminais e o seu verdadeiro impacto nos índices criminais.

O crescimento da criminalidade urbana e outros conflitos sociais nos séculos da transição capitalista e das revoluções industriais levou a criação de leis criminais mais duras dirigidas contra a classe trabalhadora (*RUSCHE E KIRCHHEIMER*. 2004, p. 31).

A consolidação da pena privativa de liberdade não decorreu de formulações de teóricos iluministas, mas sim, de outros processos socioeconômicos estratégicos ao modo de produção capitalista em ascensão (SOUZA. 2018, p. 101)

Constituía verdadeiro direito penal do autor²⁷, uma vez que a desonestidade não era considerada pelo ângulo da propriedade furtada ou avariada, mas pelo ângulo da situação da pessoa que furtou ou danificou: o tratamento era mais severo para um errante ou alguém de baixo status social (*RUSCHE E KIRCHHEIMER*. 2004, p. 31).²⁸ A construção

popular, à sobrevivência e existência humana – foi alvo de “parciais ataques”. Uma vez que os direitos consuetudinários dos privilégios da nobreza são contrários ao conceito de “direito razoável” (2017, p. 28), não sofreram as revogações e até as criminalizações que sofreram os direitos consuetudinário dos pobres, “contrários ao costume do direito positivo”.

²⁶ Punição e Estrutura social (*RUSCHE E KIRCHHEIMER*. 2004); Vigiar e Punir (*FOUCAULT*. 2013); Cárcere e Fábrica (*MELOSSI E PAVARINI*. 2014)

²⁷ O direito penal do autor parte da premissa de que o delito é fruto de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica (*Zaffaroni e Batista*. 2003, p. 131). “Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado direito penal de autor”. O direito penal do autor, portanto, é uma categoria orientada pela visão inquisitorial cristã, das matrizes do sistema penal ocidental, o que irá levar os autores a chamar de uma “versão secularizada de um estado de pecado jurídico” (2003, p. 131), quando o arguido encarado como um inferior moral.

²⁸ Os autores destacam o cruzamento entre concepções sociais e morais, destacando ser um momento histórico em que a *poena extraordinária* deveria ser determinada pelo juiz, conforme a natureza do delito e do delinquente.

(i)moral da figura do criminoso também servia à legitimação social necessária para a condução de uma política criminal com requintes de crueldade²⁹. Substituindo bruxas e judeus, o etiquetado como criminoso era alvo dos dirigentes do Estado, que tinha amplo apoio das massas que se identificavam como “cidadãos de boa índole”, honestos.

A criminalização da mendicância e da vadiagem serviu como instrumento para a oferta de mão-de-obra para setores produtivos que não encontravam trabalhadores livres (SOUZA. 2018, p. 103). Estabelecendo, assim, a relação entre sistema penal e sistema produtivo do capitalismo mercantil ascendente – entre trabalho e cárcere – fundada na criação artificial de mão-de-obra barata através da criminalização^{30 31}.

O fenômeno Iluminista impôs uma “reforma humanista”³², com estipulação teórica da abolição da tortura e da pena de morte, fundada na limitação do poder punitivo do Estado, preceito teórico do liberalismo clássico em ascensão, e esforço político da burguesia, que detinha o poder econômico, na busca pelo poder político, até então sob domínio aristocrata (SOUZA. 2018, p. 104).

Os fundamentos do atual sistema carcerário são fruto da construção teórica iluminista sobre as bases econômicas mercantis, que elevou a propriedade privada ao bem jurídico com mais relevância na tutela penal, com aplicação da pena de prisão.

Por outro lado, o período de consolidação capitalista mudou a relação do trabalho com o cárcere: a revolução industrial e mecanização da produção encerrou o problema da escassez da mão-de-obra, e o sistema passou a lidar com excedente de trabalhadores. O trabalho encarcerado passa a não ser mais uma necessidade econômica e participa da dinâmica do cárcere como extensão da punição:

²⁹ “No todo, o sistema era substantivamente uma expressão de sadismo, e o efeito dissuasivo do ato público era negligenciável. Está a razão por que a imaginação mais mórbida de hoje tem dificuldade em descrever a variedade de torturas infligidas. Lemos acerca de execuções por faca, machado e espada, cabeças sendo golpeadas com toras ou cortadas com arado, pessoas sendo queimadas vivas, deixadas a morrer de fome em porões, ou tendo espinhos cravados em suas cabeças, olhos, ombros e joelhos, estrangulamentos e asfixiamentos, sangramentos e desvisceramentos até a morte, estiramentos do corpo até o esquartejamento, tortura sobre a roda, tortura com pinças incandescentes (...). Não é de se estranhar que praticamente todos os crimes eram puníveis com a morte, e que a questão vital era a maneira pela qual a morte seria infligida” (RUSCHE E KIRCHHEIMER. 2004, p. 41)

³⁰ WACQUANT (2004) destaca os contratos de *convict leasing* nos EUA.

³¹ O período é marcado por uma forte escassez de mão-de-obra (Souza. 2018, p. 103) e o uso de Casas de Correção para o encarceramento desse recorte populacional pobre e excluído, que não eram fruto de um empenho salvacionista da classe burguesa, mas sim, parte do desenvolvimento econômico capitalista. (RUSCHE E KIRCHHEIMER. 2004, p. 80)

³² Cf. BECCARIA, CESARE BONESANA (2006). *Questões Criminais*. 1ª ed. EDIPRO. Bauru.

Considerava-se que a mera privação de liberdade não era suficiente para assegurar os castigos, devendo, portanto, ser complementada com a imposição de trabalhos forçados, fome, tortura e isolamento celular. (Souza. 2018, p. 106)

Outro ponto para debruçarmos é sobre a consolidação da prisão no séc. XIX como principal método de punição do Ocidente (SOUZA. 2018, p. 105) é acompanhada de severa piora nas condições carcerárias. Essa piora tinha uma função tática: sob o princípio da menor elegibilidade buscou-se um efeito dissuasivo-repressivo com vistas a não permitir que o cárcere tenha condições mais favoráveis do que as piores condições de vida do trabalhador livre.

O estudo estatístico dos índices de criminalidade e de reformas, de certo modo liberais, no curso do séc. XX, levam os autores a concluir que não há relação direta entre a política criminal e a criminalidade. Todavia, a última variável está intimamente condicionada ao desenvolvimento econômico (RUSCHE E KIRCHHEIMER. 2004, p. 270 e ss.; SOUZA. 2018, p. 107).

A política criminal da revolução industrial, apesar da brutalidade³³ (ou por causa dela), não obteve êxito em reduzir os índices de criminalidade. Ao excluir os taxados de criminosos do convívio social, de perto das pessoas honestas, como se denominavam, a lei engrossou as fileiras de criminosos em potencial como uma forma de hegemonia e limpeza social.

Diante de tais apontamentos da política criminal, enveredamos no âmbito disciplinar e político ideológico em que o teórico TAIGUARA (2018, p. 107 e ss) destaca a obra de MICHEL FOUCAULT (2013), *Vigiar e punir*, cuja função principal foi de destrinchar a genealogia da prisão. Uma das perguntas centrais na obra do filósofo francês era entender qual o papel do ideário iluminista para o delineamento da intervenção carcerária, centrando o foco no estudo da disciplina.

A obra de FOUCAULT contribui analiticamente para as contradições³⁴ presentes entre poder judiciário e poder punitivo, entre doutrina penal e prática penal, entre

³³ RUSCHE E KIRCHHEIMER (2004, p. 42) levantam a controvérsia historiográfica entre autores que analisam a lei criminal desse período. Enquanto alguns entendem que as autoridades à época foram obrigadas a recorrer a esses métodos medievais em vista à curva crescente da criminalidade, para garantir a lei e a ordem. Outros entendem a adoção desse método como equivocada, e que a “história da punição é uma grande extensão da história da irracionalidade e crueldade humana”

³⁴ Entre norma e disciplina, num aspecto geral.

discursos reformistas e afirmação histórica do cárcere, entre sujeito de direito e corpos obedientes e dóceis. Como aponta SOUZA (2018, p. 107-108) analisando o embate entre os teóricos de Frankfurt e Foucault:

Se para os frankfurtianos, era decisiva a dinâmica econômica de regulação do mercado de trabalho pautando o poder punitivo estatal, para *Foucault*, é central trazer à análise as estratégias e tecnologias de poder-saber, ou seja, a economia política dos corpos.

A microfísica de poder instituída por uma rede de instituições disciplinares, dentre as quais, a prisão tem a função geral de criar sujeitos obedientes e úteis ao sistema. O programa disciplinador é executado através da vigilância hierárquica, da sanção normalizadora e do exame (*FOUCAULT*. 2004, p. 143).

Esse exercício de poder disciplinador é mais amplo que o cárcere em si. Daí a dificuldade em superar o modelo prisional. Apesar de “desacreditada desde o nascimento”, por fazer parte de uma plataforma política mais abrangente, essa dificuldade se encontra na resistência da prisão em suas determinações, ligações e efeitos extrajudiciais (*FOUCAULT*. 2004, p. 289).

A legitimação desse sistema perpassa para afirmação de sua própria falência e da proposta de reformas. *FOUCAULT* (2004, p. 257) ensina que não é possível conceber prisão, seu fracasso e sua reforma em um movimento político de três tempo, sucessivo, mas de quatro:

O “suplemento” disciplinar da prisão – elemento de sobrepoder; a produção de uma objetividade, de uma técnica, de uma “racionalidade” penitenciária – elemento do saber conexo; a recondução de fato, se não a acentuação de uma criminalidade que a prisão devia destruir – elemento de eficácia inversa; enfim a repetição de uma reforma que é isomorfa, apesar de sua “idealidade”, ao funcionamento disciplinar da prisão – elemento do desdobramento utópico

Esse isomorfismo reformista tratado pelo autor tem função primária de legitimar a prisão, adaptar a instituição para eventuais demandas pontuais de forças progressistas, como também de manter a situação penitenciária no mesmo estado que sempre se encontrou. A reforma do sistema faz parte justamente da estratégia política para mantê-lo.

O último âmbito de análise da relação entre estrutura socioeconômica e sistema penal está no político-econômico e ideológico-disciplinar (SOUZA. 2018, p. 101 e ss), a partir da análise da obra de MELOSSI E PAVARINI (2014), *Cárcere e Fábrica*.

Os autores entendem a prisão como mecanismo jurídico-econômico e técnico-disciplinar na forma de “retribuição equivalente”³⁵ do crime com uma privação de liberdade por um tempo determinado. A economia está na cobrança da dívida (crime), cujo preço é a liberdade, enquanto a tecnicidade disciplinadora está no “exercício de coação educacional total” investida sobre os corpos apenados (SOUZA. 2018, p. 110).

O cárcere está junto a outras instituições de controle ideológico burguês (a escola, o quartel e a família) na consolidação do trabalho sob o capitalismo, como Foucault apontou em sua obra, e consolidado teoricamente por outros autores. A nova ordem “necessitava estruturar o corpo como máquina no interior da máquina produtiva em seu conjunto” (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 264).

A prisão nunca foi útil economicamente na produção mercadológica. Apesar dos esforços para tornar o cárcere e o trabalho intramuros, forçados ou não, “o cárcere mal conseguiu chegar a ser uma “empresa marginal” (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 211) No entanto, o fenômeno penitenciário serve a uma função na ordem burguesa: a transformação do criminoso em proletário. Esse processo tem explicações econômica e ideológica.

Pelo viés econômico, a prisão se insere no liberalismo a partir de duas premissas (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 212):

a) Se, no mercado livre, a oferta de trabalho excede a demanda – determinando desemprego elevado e a conseqüente queda do nível salarial –, o “grau de subsistência” no interior da instituição penal tende, automaticamente a reduzir-se. Ou seja, o cárcere volta a ser um local de destruição da força de trabalho. Desse modo, a instituição participa, em harmonia com as leis da demanda e da oferta, do rebaixamento da curva de oferta

b) E vice-versa: a uma oferta de trabalho sustentada, e a um conseqüente aumento do nível salarial, o cárcere não apenas tende a limitar a sua capacidade destrutiva, como também a empregar utilmente a força de trabalho, reciclando-a, depois de tê-la requalificado (leia-se, tê-la reeducado) no mercado livre.

³⁵ “A pena compreendida como retribuição representaria sua consonância com o direito, com a igualdade formal e com a certeza jurídica” (SOUZA. 2018, p. 111).

Assim, o cárcere tem uma função no controle extramuros de diminuir a curva da demanda ao controlar a flutuação dos salários. Em outro aspecto, complementar, os “mecanismos institucionais” encerram o processo de transformação do criminoso em proletário.

As bases materiais na mercantilização dos corpos dirigida aos corpos pobres, inicialmente na busca por mão-de-obra em escassez e depois na exclusão para a gestão do seu excedente, tem na prisão instrumento histórico fundamental para a administração física da classe trabalhadora. Ao mesmo tempo, a prisão faz o papel da domesticação dos corpos, da neutralização do pensamento, da obediência. Isto é, há na prisão a função subjetivo-ideológica fundamental na manutenção de ordem capitalista.

Nesse panorama, traça-se duas dimensões – objetiva e subjetiva – sobre o impacto ideológico do sistema penal na vida e na ordem burguesa. Objetivamente, a ideologia do cárcere partia de uma premissa errada (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 214): a equiparação entre delinquente e preso.

A partir dessa premissa, os estudos da criminalidade partiam do estudo dos presos, para isso, precisavam de um laboratório, um jardim zoológico (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 213) para aplicar e testar as hipóteses de funcionamento de uma instituição que precisava ser total. O diálogo entre *Foucault* e a obra de MELOSSI E PAVARINI encontra sua base na análise da ideologia do panoptismo que funda o sistema penal e carcerário na ordem liberal (2014, p. 214 e 215):

Trata-se, nesse sentido, de um dispositivo que permite a poucos não-vistos observar, investigar minuciosamente, analisar permanentemente uma coletividade eternamente exposta. Realiza-se, assim, a condição essencial para que os poucos se transformem em cientistas, os muitos em objetos, em cobaias e o cárcere em laboratório

Destinada a ser um laboratório de análise dos indivíduos presos e aplicação do projeto disciplinador, a política carcerária entendia sua atividade com duas funções ideológicas, uma objetiva, de espectro individual: O não-proprietário – o proletário – e o delinquente fazem parte do mesmo grupo objeto da política da disciplina para o trabalho.

O delinquente precisa ser preso para ser reeducado, reinserido, readaptado³⁶ para ser um não-proprietário que também não ameace a ordem da propriedade.

Objeto da política criminal e da ciência da criminalidade (ou do criminoso), o proletário-presos não tem outra alternativa além de se resignar diante da sua situação de invisibilidade social e, ao mesmo tempo, de permanente vigilância e exposição. Nesse sentido, a sua “salvação – ou a sua completa alienação como realidade “diversa”, “desviante” – dependerá somente do seu autocontrole, da disciplina (...)” (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 215).

Para além do impacto ideológico-disciplinador sofrido pelo indivíduo alvo do sistema penal, existe uma contribuição estrutural para a reprodução da ideologia de transformação, que guia o processo carcerário (MELOSSI E PAVARINI. 2014, p. 217):

Com efeito, a organização interna do cárcere, a comunidade “silenciosa” e “laboriosa” que o habita, o tempo inexoravelmente repartido entre trabalho e oração, o isolamento absoluto de cada preso-trabalhador, a impossibilidade de qualquer forma de associação entre os operários-internos, a disciplina do trabalho como disciplina “total”, tudo isso torna paradigmático daquilo que deveria ser “o exterior”.

A substituição da eliminação pelo isolamento, marca da transição entre a sociedade medieval e a sociedade capitalista no contexto da responsabilidade penal, atribui ao cárcere, os contornos de uma sociedade ideal, sendo mais uma função laboratorial para a aplicação das hipóteses ideológicas do que seria a vida ideal de um proletário, *intra* e *extramuros*.

SOUZA (2018, p. 111), faz um panorama da contribuição das três obras que destaca:

³⁶ ZAFFARONI E BATISTA (2003, p. 115) atribuem essa ideologia da função do cárcere à teoria de prevenção especial positiva da pena, composta pelas ideologias re-: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação (ZAFFARONI E BATISTA. 2003, p. 126). Nessa perspectiva, a pena seria um bem para quem sofre, de caráter moral ou psicofísico, e a medida, aquela necessária para realizar a ideologia re- que for sustentada, não precisando de outro limite. No entanto, a realidade estrutural da carceragem denota o contrário: a cadeia é um ambiente mais violento que a sociedade livre, se instituindo um paradoxo: é materialmente impossível realizar os objetivos das ideologias re- em um ambiente pior que a sociedade da qual o indivíduo foi segregado, sendo assim “as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventivista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso” (ZAFFARONI E BATISTA. 2003, p. 126).

Em suma, observa-se uma complementariedade entre as três referidas obras. Em Punição e estrutura social, a análise da prisão se submete à prevalência de uma esfera econômica apartada da política, compreendendo-se a dinâmica do sistema penal enquanto regulador do mercado de trabalho. Em viés contrário, Vigiar e punir traz à tona a constituição de indivíduos obedientes e socialmente úteis ao sistema, através da prisão, dando-se ênfase às técnicas de poder disciplinar. Por fim, em Cárcere e fábrica há um equilíbrio entre estas duas perspectivas de análise da trajetória histórica do sistema penal. Nesta última obra, a prisão não produz apenas mercadorias, nem apenas homens, mas, sobretudo, o próprio homem enquanto mercadoria.

A construção científica a partir do materialismo e da dialética entre as obras analisadas demonstra a relação, inicialmente hipotética, entre sistema penal e sistema de produção capitalista.

O Iluminismo é o responsável teórico-ideológico pela revolução que supera o Antigo Regime, um sistema baseado essencialmente na concentração do exercício de poder, em concepções divinas e inquisitoriais para o direito. As revoluções liberais instituem repúblicas representativas e reformas em todo o direito para que lho caiba a noção de propriedade privada e uma ordem que gira em torno de si, entre outras iniciativas de diluir tanto o acesso quanto o exercício do poder, que constitui a base do pensamento liberal.

Não foi diferente na produção teórica sobre o processo penal. As propostas de reformas vieram com base na humanização e racionalização do processo, rumo à produção de uma sentença justa, a partir do diálogo entre as partes, em paridade de armas.

Se as mudanças na estrutura política e econômica ocorreram dentro do processo revolucionário, na condução do processo penal não encontraram tal trajetória. Muitos resquícios da inquisitorialidade medieval remanescem nesse período, ainda que tendo outro arcabouço formal, adaptado ao novo direito burguês.

Encontrar o sistema processual desse recorte histórico não é tarefa simples diante de tantas contradições. Tais contradições chegam a fazer com que doutrinadores liberais entendam por um sistema misto, que aliará elementos inquisitoriais e acusatórios.

Um sistema com essa nomenclatura surgiu pela primeira vez com o *Code d'Instruction Criminelle*, na França napoleônica de 1808. Esse sistema unia

características inquisitórias e acusatórias em um procedimento de duas fases: a primeira, pré-processual, inquisitiva; a segunda, processual, acusatória.

A existência teórico-jurídica de um sistema misto se coloca como uma falácia (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 84). Para ser qualificado como tal, como já visto, é preciso que haja uma coerência sistêmica, a união dos elementos que o compõe a partir de um princípio regente.

Não é possível um princípio regente misto para um sistema processual misto. Seria preciso, como afirma LOPES JR. (2018, p. 45), analisar o núcleo fundante para definir um predomínio de uma estrutura inquisitória ou acusatória³⁷. Diante dessa necessidade, os sistemas são essencialmente puros.

Ao adotar a denominação misto, a doutrina está se referindo, a partir dessa análise, a um sistema inquisitório ou acusatório, em essência, recebendo elementos acessórios do outro sistema. CASARA E MELCHIOR (2013, p. 85) ressaltam que o sistema misto – na consolidação do Estado Liberal – foi uma solução política de conciliação entre as mudanças exigidas pelo pensamento iluminista e a filosofia inquisitiva, própria do antigo regime.

Na análise histórica do que ocorreu nos Estados Liberais Ocidentais nesse período, CASARA E MELCHIOR (2013, p. 85) ressaltam que:

A colisão entre as ideias oriundas dos princípios acusatório (publicidade, contraditório, separação entre as funções processuais etc.) e inquisitivo (segredo, persecução penal pública, protagonismo judicial na produção das provas, averiguação da “verdade real” etc.) acabou por gerar uma solução de

³⁷ LOPES JR. (2018, p. 45 e 46) elencar 5 motivos para os quais o pensamento tradicional sobre o sistema misto deve ser criticado: a) é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referências história; b) por ser misto, é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); c) a noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatório, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decrete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385); d) a concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade, pois existe um imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos (conforme consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), isto é, juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado e não pode julgar, pois ele decide primeiro (quebra da imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada (quebra da concepção de processo como procedimento em contraditório); e) também é incompatível com a visão de Fazzalari, na medida em que o ativismo judicial quebra o imprescindível contraditório e o provimento judicial deixa de ser construído em contraditório para ser um mero ato de poder (decisionismo)

compromisso, na verdade um conjunto despido de coerência (assistêmico) que se caracteriza pela imitação: ora do estilo inquisitivo, ora do estilo acusatório.

Esse ‘pragmatismo político-conceitual’ supriu a demanda política pela conservação da inquisitorialidade. Como destaca MAIER (2004, p. 361), esse sistema misto era, na verdade, a reforma do sistema inquisitivo, uma vez que a proposta era acabar com os efeitos odiosos do Estado Absoluto, sem abrir mão da necessidade da persecução penal de ofício aos atentados graves contra a ordem e a paz social.

Por fim, FERRAJOLI (2002, p. 454) destaca:

O Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”, que foi assim denominado “processo misto”, com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando esta era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

No plano teórico, jurídico e legislativo-formal, a partir da doutrina crítica, o sistema processual penal da consolidação do Estado Liberal passa pelo processo político entre as pressões iluministas e conservadoras, tendo como síntese dessa disputa, a reforma do sistema inquisitivo. Apesar dos elementos acusatórios implementados nessa reforma, o processo penal permaneceu essencialmente inquisitivo.

A interdisciplinaridade na análise político-criminal do mesmo período demonstra uma economia política da pena, um interesse, em outro sentido. Embora houvessem pressões liberais pela instituição de um sistema acusatório, a política autoritária da gestão do excedente, da carência no período de transição pós-escravidão, de mão-de-obra junto com a construção ideológica de uma vida ideal para o proletário a partir do cárcere, faz com que um sistema processual inquisitivo, mais eficiente em condenar em maior quantidade e celeridade, pela não observância de garantias processuais, seja útil para a implementação de um sistema produtivo que depende de um sistema penal com essa eficiência para operar.

2.2 Brasil, o racismo estrutural brasileiro e o sistema penal

As colônias do capitalismo têm no uso do sistema penal um instrumento importante na consolidação da economia neoliberal. No Brasil, a política criminal do superencarceramento e sua relação com o regime neoliberal é observável e merece análise para satisfação do objeto.

Antes de adentrar o período neoliberal no Brasil, faz-se necessário encontrar e versar sobre as bases que fundam o autoritarismo brasileiro. Permanecendo na metodologia de FRAGOSO (2015, p. 271), a análise se divide entre os medos que produzem política criminal e a histórica exclusão da comunidade negra.

Em um primeiro momento, ressaltamos a título de contextualização jurídico-histórica, a condição de colônia do território e povo brasileiro, que nunca foi superada. Após o período escravagista, que perdurou no Brasil por mais de 300 anos, ultrapassando inclusive a independência do país em relação a coroa portuguesa, foram editadas uma série de leis que criaram um sistema de exclusão para lidar com o exército negro posto em liberdade.

Ainda no seu decurso, e em reação às primeiras leis abolicionistas editadas na época, que fundam relações jurídicas francas de segregação. As leis dos séculos XIX e XX determinam a segregação racial negra em dois sentidos: o primeiro no acesso à vida em sociedade, com a edição de leis que vedavam o acesso à terra, à educação e outras atividades essenciais da vida; enquanto o segundo, e objeto de estudo desta dissertação, tratava criminalização do cotidiano negro.

Para determinar esse processo amplo de criminalização do cotidiano negro é importante destacar as quatro vertentes desse cotidiano: religião, droga, a luta e a música. O contexto histórico dessa criminalização se intensifica com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, fugidos da expansão napoleônica pela Europa, que ensejou, entre outras coisas, a criação da Guarda Real de Polícia (BARROS E PERES. 2011, p. 04)³⁸:

À medida que seus truculentos membros passavam paulatinamente a substituir os antigos capitães-do-mato, sua atuação relacionava-se à “polícia de

³⁸ Que se converterá, após o fim do Império, na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), que estampa em seu brasão até hoje a sigla GRP, referência à então Guarda.

costumes”, ou seja, repressão de festas com cachaça, música afro-brasileira e, evidentemente, maconha. Ataques a quilombos situados nos morros eram uma das principais atividades repressivas. Consta que o policial Miguel Nunes Vidigal, célebre pelo terror que espalhava entre os “vadios e ociosos”, na maioria, escravos que iam aos “batuques”, prendeu certa vez mais de 200 pessoas, dentre homens, mulheres e crianças, num quilombo do Morro de Santa Teresa

A mudança da nobreza portuguesa para o Rio de Janeiro ensejou uma profissionalização e estatização das atividades que até então eram praticadas entre privados para garantir uma ordem social que a casta de cima considerava adequada. A repressão ao povo negro toma contornos de política pública como enveredamos a seguir.

2.2.1 A criminalização do cotidiano negro

a) A religião negra

Os pilares que conduziam³⁹ a criminalização do negro no Brasil começou antes do período destacado, em 1805, com a Lei contra feiticeiros, que criminalizou rituais religiosos não-cristãos, e tinham por finalidade perseguir aqueles que professavam religiões de matriz-africana. Os artigos 157 e 158 do Código Penal de 1890, já no período pós-escravidão, reforçavam essa criminalização, mantendo as estruturas de repressão estatal contra as religiões de matriz-africana⁴⁰.

b) A droga negra

Para um país que produzia cana-de-açúcar, matéria-prima de, entre outras coisas, a cachaça – potente inebriante amplamente aceito e utilizado pela sociedade à época –, criminalizar uma droga não faria muito sentido, se o objetivo fosse impedir os membros de sua sociedade de se entorpecerem. No entanto, a lei do pito de pango de 1830 tinha

³⁹ O cotidiano negro foi a base para realizar sua criminalização. No entanto, o Estado brasileiro não se limitou essa tática. Em reação à Revolução Haitiana de 1791 que fundou um país negro das cinzas da escravidão e seus senhores, e para fazer frente a Revolta do Malês, o maior levante negro brasileiro, ocorrida em Salvador nos dias 24 e 25 de janeiro de 1835, o então Império brasileiro determinou, no mesmo ano, a pena de morte para todo escravizado que matasse seu senhor. Com medo de eventuais novas revoltas que pudessem desencadear um processo similar ao haitiano, essa lei vigorou até 1890 e o terror estatal na forma da pena de morte contra o negro escravizado também foi peça fundamental na construção do Sistema Brasileiro de Segregação Racial.

⁴⁰ Os crimes de charlatanismo e curandeirismo ainda estão presentes no código penal de 1940 – ainda em vigor – nos artigos 283 e 284

outra função, visto que o Rio de Janeiro se tornou o primeiro lugar do mundo a criminalizar a maconha até então, com isso o Estado do Rio de Janeiro avançou na segregação racial, ao criminalizar o entorpecente negro, ou o Fumo do Negro (SAAD. 2019), sob uma perspectiva estritamente racista.

Destaca FRANÇA (2015, p. 27, 28):

A “autoria” da introdução da Cannabis e do canabismo na América Portuguesa é, pois, incerta: os africanos, para cá trazidos como escravos a partir da metade do século XVI, conheciam a planta e apreciavam seus efeitos inebriantes; mas muitos marinheiros portugueses, em particular aqueles frequentadores das carreiras da Índia, também eram adeptos do canabismo e conheciam a cultura da Cannabis. Isso, contudo, importa pouco já que foram sem dúvida os africanos e seus descendentes que consolidaram o hábito do canabismo na sociedade local. Foi a eles que os brasileiros gradativamente associaram o gosto pela “diamba” (banguê, maconha, fumo de Angola, pito de pango, riamba, liamba, etc.) e seu consumo regular, recreativo e relaxante; e foram eles que os “doutores” (psiquiatras e juristas) do início do século XX, ao promoverem um combate feroz ao canabismo, resolveram culpar por propagar o “nefando vício” pela sociedade brasileira.

O cânhamo – anagrama para maconha – foi instrumentalizado para a executar um projeto racista, no contexto de um século em que os ventos abolicionistas sopravam. A estratégia faz parte do racismo cientificado, das teorias raciais, que tem um fundo político-ideológico bem explicado por SCHWARCZ (1993, p. 85):

Esse saber sobre as raças implicou, por sua vez, num "ideal político", um diagnóstico sobre a submissão ou possível eliminação das "raças inferiores", que se converteu em uma espécie de prática avançada do darwinismo social - "a eugenia" -, cuja meta era intervir na reprodução das populações. O termo "eugenia"- eu: boa; genus: geração -, criado em 1883 pelo cientista britânico Francis Galton, lidava com a ideia de que a capacidade humana estava exclusivamente ligada a hereditariedade e pouco devia a educação.

Nesse sentido, o consumo de maconha entrava nas tantas influências da cultura negra na sociedade brasileira em construção, que, por essa perspectiva, estaria fadada ao fracasso, caso não fossem tomadas devidas providências (SAAD. 2019, p. 19). O higienismo social das teorias raciais que usavam a ciência para justificar o racismo das elites se junta ao moralismo burguês racista ao associar a prática do fumo com a associação entre maconha e loucura:

A associação entre maconha e loucura esteve presente em todos os discursos que buscavam a criminalização e repressão do cultivo e uso da planta. Os estudos médico-legais já atestavam que os negros e seus descendentes seriam dotados de características transmitidas geneticamente responsáveis pela personalidade infantil, animaléscas, agressiva e mesmo treloucada. Associados a uma substância tida como altamente perigosa e capaz de levar a crimes, embora pouco se conhecesse dos aspectos químicos e farmacológicos da maconha, a imputação de tais características como intrínsecas à “raça negra” seria intensificada e o controle sobre essa população deveria ser ampliado (SAAD. 2019, p. 21)

A criminalização da maconha, nessa época, compõe o projeto das elites brasileiras de higienizar e moralizar a população brasileira, excluindo e eliminando qualquer influência cultural negra na sociedade. Entretanto, não só as religiões e o entorpecente negros foram perseguidos. Entre o início do séc. XIX até meados do séc. XX, o samba e a capoeira, baluartes da cultura negra brasileira, também foram alvos de criminalizações e perseguições pelo Estado brasileiro em suas mais diferentes formas políticas, a saber: Brasil Colônia, Brasil Imperial, e a Primeira República. Fecha-se, portanto, o projeto de criminalização do cotidiano negro.

c) A luta negra

Para Campos (2009, p. 34), a capoeira é um jogo atlético de ataque e defesa cheio de mandinga, malandragem e muito eficiente, tem uma origem incerta⁴¹, mas uma função histórica: um instrumento de resistência ampla contra a escravidão. Em função disso, dois anos após a abolição da escravidão, a prática é criminalizada pelo decreto nº 847/1890, dos vadios e capoeiras.

A história da descriminalização da capoeira coincide com a história de Mestre Bimba, e da sua estratégia de difundir o seu estilo de capoeira desenvolvido por ele, a Capoeira Regional, para diversos setores da sociedade, como aponta Campos (2009, p.82):

Bimba demonstra ser arrojado no seu intento de divulgar a Capoeira Regional para todos os segmentos da sociedade: realiza desafios e sobe ao ringue para enfrentar os principais lutadores da época; viaja com seu grupo de capoeiristas para outros Estados — São Paulo e Rio de Janeiro — onde realiza diversas competições e apresentações; desfila e apresenta seus capoeiristas na data magna da Bahia, o Dois de Julho; ministra aulas na Polícia Militar e no Exército Brasileiro; funda uma academia; apresenta-se no Palácio da Aclamação para o Presidente da República, Getúlio Vargas, e o Governador

⁴¹ Muito em função da iniciativa de Ruy Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo Deodoro da Fonseca, de queimar os arquivos da escravidão (Campos. 2009, p. 33).

da Bahia, Dr. Régis Pacheco; e torna-se uma pessoa presente na imprensa falada e escrita.

Além da sua militância política na difusão da capoeira, o Mestre baiano rompeu com o paradigma da capoeira da época, criando características⁴² e identidades culturais particulares, mas que visavam a preservação das identidades originais da capoeira baiana, que vinha sofrendo interferências de viés comercial (CAMPOS. 2009, p. 53).

A Capoeira Regional e Mestre Bimba são fundamentais para a retirada do estigma da capoeira e aceitação da sociedade brasileira como manifestação legítima e cultural. A descriminalização da luta ocorre no ano de 1937, mesmo ano em que Getúlio Vargas, então presidente do Brasil, e Mestre Bimba se encontram em um evento para uma demonstração de capoeira.

d) A música negra

Para falar de música, o samba deve estar presente nas pautas das discussões sobre a formação da sociedade brasileira. JOST (2015, p. 02) explica que a centralidade do samba do debate da identidade nacional se deve ao fato do ritmo ser um dos agentes culturais que melhor representa o *ethos* brasileiro.

Entretanto, para o samba se tornar o baluarte que é, ele passou por série de opressões próprias do racismo, que também fazem parte da identidade nacional. Seu lançamento, no início do século XX, suas origens negras, culminaram no encaixe de sua prática em um dispositivo conhecido dos agentes do sistema penal, o crime de vadiagem e capoeiragem. A definição ampla e vaga no tipo penal de vadio permitia ao sistema penal perseguir todo indivíduo que se encontrasse na rua sem uma fonte de renda, o que diante de uma sociedade que recém aboliu a escravidão, demonstra escancaradamente uma marca profunda de racismo estrutural. Pode-se apontar que tal tipo penal fora criado para exercer esse papel de perseguição contra a sociedade negra, ou mais desfavorecida

⁴² CAMPOS (2009, p. 54) destaca as principais características da Capoeira Regional: exame de admissão, sequência de ensino de Mestre Bimba, sequência da cintura desprezada, batizado, roda, esquentar-banho, formatura, jogo de Iúna, curso de especialização e toques de berimbau.

financeiramente, apontando assim mais um traço inquisitorial na política criminal⁴³ do Brasil da época.

O caminho da afirmação do samba passa pela resistência dos sambistas na preservação da música e da cultura popular frente as políticas de extermínio e perseguição contra seus corpos e povo. Jost (2015, p.02) afirma que

O que temos é um projeto articulado por um grupo social consciente de seu papel marginalizado no contexto socioeconômico brasileiro e consciente, naquele momento, da possibilidade de fazer emergir sua voz através da música popular

JOST (2015) analisa as contribuições de SODRÉ (1998) para o debate ao destacar a posição de que o samba foi afirmado como expressão cultural a partir da atuação estratégica dos seus músicos, homens e mulheres, negros e negras, que expandiram o samba para o seu atual, e elevado, grau de aceitação social:

O que pretendemos mesmo é indicar como um aspecto da cultura negra – *continuum* africano no Brasil e modo brasileiro de resistência cultural – encontrou em seu próprio sistema recursos de afirmação da identidade negra. E implicitamente pretendemos rejeitar os discursos que se dispõem a explicar o mesmo fenômeno, o samba como uma sobrevivência consentida, simples matéria-prima para um amalgama cultural realizado de cima para baixo

As expressões culturais negras não foram isoladamente oprimidas (apesar da seleção feita por nós neste capítulo, sua função tem valores pedagógico e exemplificativa). A criminalização das manifestações culturais não representa uma agenda de criminalização de condutas na forma liberal proposta pelo direito penal, ao contrário, são pretexto para perseguir e oprimir os homens negros e mulheres negras, a partir de condições culturais e existenciais.

Especialmente no período pós abolição, no qual as estruturas disciplinares e repressivas da escravidão estavam sendo desmanteladas, a opção se deu pelo sistema penal. As agências do sistema penal não são instrumentalizadas para exercer tal papel, ao

⁴³ Atualmente e apesar da competência federal para a produção de leis penais, a competência estadual da gestão das polícias, e da política criminal, foram usadas para a criminalização secundária da cultura negra, sendo o maior exemplo recente para tal, o funk. Música, também de origem popular e negra, que sofre no século XXI a estigmatização, perseguição e racismo que o samba sofreu no século XX.

contrário, ao se observar esses papéis em suas origens, não é possível falar em perversão de suas funções, são essas as funções originárias das instituições penais brasileira: a repressão ao negro recém liberto.

2.2.2 O empreendimento colonial nas bases do racismo estrutural brasileiro

Os processos de criminalização citados nesta pesquisa se encaixam nos processos históricos que compõem a tradição de perseguição ao povo negro pelo Estado brasileiro. O racismo cumpre função estrutural na condução da sociedade e do Estado, remontando as origens do colonialismo e da escravidão.

Silvio Almeida (2019, p. 72) categoriza o racismo estrutural brasileiro a partir do colonialismo. Para o autor, a diferença do colonialismo, das experiências *apartheid*, para o Estado-nação europeu diz respeito não à vigência, como diria Foucault, de uma dominação biopolítica, do biopoder, mas sim, aquilo chamado por MBEMBE⁴⁴, da necropolítica e do necropoder, “em que guerra, política, homicídio e suicídio tornam-se indistinguíveis”.

A tecnologia para o exercício dessa organização social da morte é, segundo Almeida (2019, p. 74), a ameaça de guerra. A ameaça da guerra produz o que a guerra efetivamente não consegue, isto é, o clima de paranoia e medo necessários para instituir um Estado de exceção permanente:

A peculiaridade do terror colonial é que ele não se dá diante de uma ameaça concreta ou de uma guerra declarada; a guerra tem regras, na guerra há limites. Mas e na ameaça da guerra? Qual o limite a ser observado em situações de emergência, em que sei que estou perto da guerra e que meu inimigo está próximo? Não seria um dever atacar primeiro para preservar a vida dos meus semelhantes e manter a “paz”? É nesse espaço de dúvida, paranoia, loucura que o modelo colonial de terror se impõe. A iminência da guerra, a emergência de um conflito e o estresse absoluto dão a tônica para o mundo contemporâneo, em que a vida é subjugada ao poder da morte (Almeida. 2019, p. 73 e 74).

A seleção do inimigo também é característica fundante desse novo modelo de administração social, sendo as bases sociais e raciais que ajudam na seleção desses alvos a serem neutralizados. Já não se estabelecendo a diferença entre inimigo e criminoso, uma

⁴⁴ Cf. Mbembe, Achille (2018). Necropolítica.

vez que a ambos só resta a total eliminação (Almeida. 2019, p. 74). A união entre a paranoia da ameaça da guerra com o medo generalizado do inimigo

é a senha para que sejam tomadas as medidas “preventivas”, para que se cerque o território, para que sejam tomadas medidas excepcionais, tais como toques de recolher, “mandados de busca coletivos”, prisões para averiguação, invasão noturna de domicílios, destruição de imóveis, autos de resistência etc. (Almeida. 2019, p. 74)

Assim, conclui o autor, em contributo fundamental para o entendimento da questão racial brasileira, que a perspectiva colonial é um modelo de administração da sociedade (Almeida. 2019, p. 72), não só um fenômeno histórico circunscrito no século XIX, e representa um espaço selvagem, longe da racionalidade europeia, em que não há a possibilidade de uma organização estatal soberana. Nesse contexto, o direito não é o limite do poder estatal sobre os corpos humanos e sobre o território, mas serve como narrativa *post-factum*, ou seja, como fundamento retórico do assassinato (Almeida. 2019, p. 75).

O traço inquisitorial presente, consequência inseparável da escravidão e do racismo estrutural, é a estigmatização e a perseguição do outro, elevado a condição de inimigo da ordem pública, que deve ser neutralizado para garantia da defesa social. As características dessas criminalizações refletem os pontos debatidos sobre o estilo inquisitivo. A sociedade brasileira, após 388 anos de escravidão, é tomada de profundo racismo estrutural e estruturalizante, e em matéria processual penal e político criminal essa reprodução não seria diferente.

Nesse sentido, firma-se a relação entre o sistema penal e a tradição escravista brasileira. O uso histórico do sistema penal, do cárcere, das polícias, do poder judiciário, contra a população negra do Brasil criam práticas inquisitoriais e autoritárias, que se aglutinam às mais diversas formas de autoritarismo presentes na formação do país.

O estado de coisas historicamente determinado (Foucault. 2008, p. 55) vincula o Brasil a essas práticas. Resta ao atual marco civilizatório, a Constituição de 1988, romper com essas tradições e práticas. Todavia, o curso histórico aponta em outra direção. O próximo tópico versa o fenômeno neoliberal no Brasil, contemporâneo a Constituição, e busca compreender como essa tendência política impactou a política criminal brasileira.

2.3 A relação entre neoliberalismo e política criminal no Brasil

2.3.1 Crítica à razão neoliberal e sua governamentalidade

Para analisar a relação entre neoliberalismo e política criminal, ressaltamos que o neoliberalismo não se resume a uma ideologia da qual se deriva uma política econômica. Para isso, aprofundaremos o debate partindo da noção foucaultiana de governamentalidade, de governo como atividade, que segundo DARDOT E LAVAL (2016, p. 16) são as múltiplas formas dessa atividade pela qual homens, que podem ou não pertencer a um governo, buscam conduzir a conduta de outros homens, isto é, governá-los.

O neoliberalismo parte de um prisma naturalista, isto é, de que o mercado tem um funcionamento orgânico rumo ao equilíbrio das relações econômicas e que qualquer intervenção Estatal abala esse equilíbrio, prejudicando o crescimento, a volta do *laissez-faire*, segundo DARDOT E LAVAL (2016, p. 13)

Não se pode confundir, ou reduzir, a representação ideológica que acompanha a implantação de políticas neoliberais com a normatividade prática que caracteriza o neoliberalismo (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 14). Isso significa que o neoliberalismo não se resume a sua política econômica, ao contrário, a política econômica é parte integrante de um arcabouço de ideologias e normas que conduzem a sociedade e o indivíduo a mudanças de conduta em diversos aspectos⁴⁵.

Por isso, para adentrar os impactos neoliberais na política criminal, é preciso antes compreender que o neoliberalismo tem a característica de conduzir a sociedade a uma estrutura generalizada de competição e individualismo, que justifica as mais abissais desigualdades, chegando à subjetividade individual, levando a pessoa física a se comportar como jurídica (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 14 e 15). Constituindo verdadeira racionalidade, a nova razão do mundo.

⁴⁵ DARDOT E LAVAL (2016, p. 15) comentam a variedade de aspectos em que a ordem neoliberal ocupa a sociedade, analisando o sucesso da capilaridade política e sociedade dessa normatividade “ora sob seu aspecto político (a conquista do poder pelas forças neoliberais), ora sob seu aspecto econômico (o rápido crescimento do capitalismo financeiro globalizado), ora sob seu aspecto social (a individualização das relações sociais às expensas das solidariedades coletivas, a polarização extrema entre ricos e pobres), ora sob seu aspecto subjetivo (o surgimento de um novo sujeito, o desenvolvimento de novas patologias psíquicas)

A instituição dessa ordem neoliberal é bem sucedida no curso da geopolítica dos séculos XX e XXI (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 15):

As circunstâncias desse sucesso normativo foram descritas inúmeras vezes. Ora sob seu aspecto político (a conquista do poder pelas forças neoliberais), ora sob seu aspecto econômico (o rápido crescimento do capitalismo financeiro globalizado), ora sob seu aspecto social (a individualização das relações sociais às expensas das solidariedades coletivas, a polarização extrema entre ricos e pobres), ora sob seu aspecto subjetivo (o surgimento de um novo sujeito, o desenvolvimento de novas patologias psíquicas)

A partir do dado do triunfo neoliberal na sociedade ocidental, é preciso começar o debate sobre sua crítica. Foucault (2008) parte da análise da categoria Governamentalidade para analisar a razão pela qual se dirige o governante para atingir a desejada maneira de se conduzir a conduta dos homens (Foucault. 2008, p. 258), para assim desvelar a razão do governante neoliberal.

DARDOT E LAVAL (2016, p. 16) em debate ao curso dado por Foucault (2008) sobre governamentalidade explicam que o conceito não se resume somente às técnicas do governante sobre o cidadão, mas também na introjeção dos mecanismos de disciplina a ponto de fazerem parte do governo de si dos cidadãos, ou das técnicas de si.

Expandi-se, desse modo, o conceito de governamentalidade para além das formas de governo verticais que partem do Estado. A disciplina, imposta a partir do governo, tem como um dos objetivos finais a introjeção de certos valores e condutas a ponto de surgir um autogoverno do indivíduo, ampliando as formas de poder e dominação para além do exercício de coerção estatal. Governar, nessa ótica, é categorizado, como a condução da conduta dos homens, desde que se especifique que essa conduta é tanto para os que se tem para consigo mesmo quanto os que se tem para com os outros (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 16).

A novidade do neoliberalismo, em relação ao seu antecessor, reside do princípio geral que norteia a doutrina. O liberalismo se preocupa com a questão dos limites do exercício de poder, estendendo sua análise para diversos aspectos da vida em sociedade: ao governo político, ao mercado (Adam Smith), aos direitos (John Locke) ou ao cálculo da utilidade (Jeremy Bentham), nos exemplos dados por DARDOT E LAVAL (2016, p. 31).

Em outras palavras, no liberalismo clássico pedia-se ao governo que respeitasse a forma do mercado e se "deixasse fazer". Aqui, transforma-se o laissez-faire em não deixar o governo fazer, em nome de uma lei do mercado que permitirá aferir e avaliar cada uma das suas atividades. Laissez-faire se vira assim no sentido oposto, e o mercado já não é um princípio de autolimitação do governo, é um princípio que é virado contra ele. É uma espécie de tribunal econômico permanente em face do governo. Enquanto o século XIX havia procurado estabelecer, em face e contra a exorbitância da ação governamental, uma espécie de jurisdição administrativa que permitisse aferir a ação do poder público em termos de direito, temos aqui uma espécie de tribunal econômico que pretende aferir a ação do governo em termos estritamente de economia e de mercado. (Foucault. 2008, p. 339)

DARDOT E LAVAL (2016, p. 31) dividem em duas etapas a formação da racionalidade do governo neoliberal. A primeira, a metodologia de transformar o mercado em princípio geral do governo dos homens e do governo de si. A segunda, o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade.

Desse modo, pode-se extrair quatro características (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 371) da razão neoliberal a partir da formação de sua governamentalidade, na forma da ascensão da lógica concorrencial e de primazia do direito privado, para diversos setores da vida em sociedade. Pensa-se o Estado, as pessoas jurídicas, nas suas relações, chegando ao âmago individual, na produção de subjetividade das pessoas físicas.

A primeira característica diz respeito à renúncia da noção de mercado como elemento da natureza – própria do liberalismo clássico – e a adoção da hipótese de que o mercado é uma realidade construída. Portanto, precisa-se da interferência do Estado, com um estatuto de normas regentes, para se atingir as finalidades de um “projeto construtivista”, uma vez que abandonada a hipótese do “curso natural das coisas” (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 371)

Em segundo lugar, “a essência de mercado encontra-se na concorrência e não na troca” (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 371). A concorrência, dada como a relação de desigualdade entre as empresas, faz a instituição do mercado como regente generalizado da sociedade forneça uma missão ao Estado: de instituir a “ordem-quadro” pela qual os agentes econômicos se submetem ao princípio constituinte da concorrência, e fiscalizar para que este seja respeitado.

A terceira característica apresenta uma situação inédita para o Estado: de não ser um simples guardião vigilante da ordem-quadro, estando, ele próprio, submetido à ordem. O Estado não pode procurar subterfúgios para não cumprir as regras que impõe à iniciativa privada, através de formas de autoisenção e autodispensa (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 372), fontes de descredibilidade da função de “guardião-inflexível” dessas regras.

Por último, a interferência da universalização da norma da concorrência nas dimensões individuais, ultrapassando os limites do Estado e da governança. Como explica os autores, “a empresa é promovida a modelo de subjetivação: cada indivíduo é uma empresa que deve se gerir e um capital que deve se fazer frutificar” (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 372).

Essas características permitem o movimento de primazia do direito privado nas relações sociais, somado ao esvaziamento progressivo do direito público, em um sentido de uma desativação de sua validade operatória (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 372). Em outras palavras, as regras concorrenciais invadem espaços públicos, que não seguem os princípios da concorrência devido a sua natureza jurídica de direito público, a partir da noção de que os serviços prestados pelo Estado não são satisfatórios, devendo serem substituídos pelos serviços prestados sob a concorrência.

A expansão da racionalidade mercantil a todos os setores da vida humana⁴⁶ gera um desaparecimento da separação das esferas público e privada, com a dominância da esfera privada.

Essa primazia do direito privada muda a prestação de serviços relativos à cidadania pelo Estado. O sujeito-de-direitos, a quem se deve cidadania e direitos fundamentais, é substituído pelo sujeito-empendedor, que não deve receber nada sem contrapartidas, e a quem a sociedade não deve nada, sendo a responsabilidade do sucesso inteiramente sua. A governança neoliberal reforça as desigualdades sociais na distribuição de auxílios e no acesso aos recursos em matéria de emprego, saúde e

⁴⁶ “Da construção do mercado à concorrência como norma dessa construção, da concorrência como norma da atividade dos agentes econômicos à concorrência como norma da construção do Estado e de sua ação e, por fim, da concorrência como norma do Estado-empresa à concorrência como norma da conduta do sujeito-empresa, essas são as etapas pelas quais se realiza a extensão da racionalidade mercantil a todas as esferas da existência humana e que fazem da razão neoliberal uma verdadeira razão-mundo.” (Dardot e Laval. 2016, p. 372)

educação (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 374 e 375), uma vez que as populações que historicamente não eram contempladas por esses programas, passam a ser menos ainda.

O welferismo, europeu e estadunidense, tinha uma função básica no pós-guerra que era a de “integração dos assalariados no espaço político mediante o estabelecimento das condições concretas da cidadania” (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 375). O abandono da promoção da cidade na forma de prestação de demandas sociais e coletivas por parte do Estado faz com que se questione a própria caracterização da cidadania como um todo, uma vez que são princípios solidários.

Ao comentar a obra de Hayek, DARDOT E LAVAL destacam seu erro metodológico ao reduzir a democracia a um mero processo de seleção de dirigentes e a promoção deliberada da liberdade individual⁴⁷ em detrimento da liberdade política. Somada a redução inicial, produz um apagamento histórico da diferença entre regimes políticos democráticos e totalitários. Os autores concluem pela antidemocraticidade (2016, p. 377) da doutrina neoliberal, partindo de uma noção de que a democracia nasce a partir da soberania do seu povo.

O descredito dos preceitos e primados democráticos, do exercício coletivo do poder político, da promoção da cidadania em seus amplos aspectos, esvaziam as noções morais e ética de democracia (não só jurídica) em uma sociedade. O novo raciocínio instaurado gira em torno somente da eficiência, do cálculo econômico entre custo e benefício (DARDOT E LAVAL. 2016, p. 375):

O cinismo, a mentira, o menosprezo, a aversão à arte e à cultura, o desleixo da linguagem e dos modos, a ignorância, a arrogância do dinheiro e a brutalidade da dominação valem como títulos para governar em nome apenas da “eficácia”. Quando o desempenho é o único critério de uma política, que importância tem o respeito à consciência e à liberdade de pensamento e expressão? Que importância tem o respeito às formas legais e aos procedimentos democráticos? A nova racionalidade promove seus próprios critérios de validação, que não têm mais nada a ver com os princípios morais e jurídicos da democracia liberal. Sendo uma racionalidade estritamente gerencial, vê as leis e as normas simplesmente como instrumentos cujo valor relativo depende exclusivamente da realização dos objetivos.

Muda-se a forma na qual a sociedade, e se configura o neoliberalismo como uma verdadeira nova razão-mundo, com um viés intencionalmente antidemocrático. Ficam

⁴⁷ Entendida aqui como a possibilidade de um indivíduo construir e desenvolver a sua propriedade

mantidas – quando não aprofundadas – as estruturas que produzem subcategorias de cidadãos.

2.3.2 O Leviatã neoliberal

Conclui-se, de forma sociológica, que o neoliberalismo produz um modo específico de governança, conclusão dada por *WACQUANT* (2009, p. 304). Para o autor, o neoliberalismo é um exercício de construção de Estado, que modifica as correlações entre limites, missões e a possibilidade de interferência da autoridade pública na economia, na seguridade social e na política criminal.

WACQUANT defende a tese do superencarceramento, identificando o momento histórico da transição de um Estado caritativo para um Estado penal nos EUA (2003, cap. 1). Nesse sentido, o rompimento com o *welfare state* deu lugar a uma política criminal de encarceramento em massa, a escolha política para o tratamento da miséria.

O autor aponta, que no mesmo passo em que os direitos sociais foram desmontados, uma grande estrutura de repressão foi montada para que o Estado lidasse com os “sobrantes” da economia de mercado. Um exemplo dado é a relação de aumento e redução de orçamento, entre habitação social e penitenciárias, com a ascensão do governo *Reagan* (2003, p. 86):

(...) a América destinava 6,9 bilhões de dólares a seus estabelecimentos de detenção contra 27,4 bilhões à habitação social. Dez anos mais tarde, os montantes destas duas dotações orçamentárias inverteu-se quase que exatamente: 19 bilhões a mais vão para as prisões em um total de 26,1 bilhões, enquanto que 17 bilhões foram retirados da habitação social, deixando um montante (de 10,6 bilhões de dólares) insuficiente para manter um parque HLM (*Habitatio à Loyer Moderé*)(...)

Não há outra conclusão senão a chegada por *Wacquant*, a substituição do Estado caritativo pelo Estado penal fez com que a construção de prisões fosse o principal programa de habitação social do país.

Coloca-se em xeque, a partir dessa observação, a construção ideológica do Estado Mínimo Neoliberal: a redução da participação do Estado nas políticas de assistência social não reduz a interferência do Estado na vida socioeconômica, pelo contrário, há uma

realocação de recursos, dos mecanismos caritativos para os mecanismos repressivos. O Estado continuou do mesmo “tamanho”, o orçamento foi redirecionado.

WACQUANT (2009, p. 119) ainda destaca a seletividade dessa política criminal, franca para a exclusão de afro-americanos⁴⁸. Destaca-se que a prisão sempre serviu de mecanismo auxiliar na manutenção da ordem das castas e no controle da mão-de-obra na América, principalmente na transição entre o modelo escravista e o regime *Jim Crow*⁴⁹.

A atual política criminal de superencarceramento também exerce o papel de exclusão afro-americana. Sobre a representação de negros nas penitenciárias, em dados de 1992 (*WACQUANT*, 2009, p. 68) dão conta de que 54% dos ingressantes no sistema prisional estadunidense eram afro-americanos, contra 19% de brancos. A estatística não sofreu alterações significantes desde então; em estudo de 2017, em relatório da *Human Rights Watch* apontou que apesar de serem 13% da população, os afro-americanos compõem 27% dos presos pelas leis de drogas⁵⁰.

A adoção de um Estado penal resultou por consequência na maior população prisional do mundo. Os EUA, que têm somente 5% da população mundial, detém 25% da população encarcerada. Isso por si só já seria grave, mas as bases racistas e classistas de construção dessa população carcerária indicam verdadeira política criminal de exclusão de corpos afro-americanos pobres, a nova gestão da miséria (*WACQUANT*, 2009).

Essa política criminal representa uma estratégia das classes dominantes na busca por redefinir os limites e a finalidade do Estado para consolidar o novo regime econômico. Tendo na ‘hipermobilidade do capital’ e na ‘flexibilização do trabalho’ as bases do programa, o controle penal da desestabilização social gerada pelas políticas de

⁴⁸ O autor cunha o termo “instituição peculiar”, e afirma que diversas foram as instituições que os EUA utilizaram para a exclusão de afro-americanos. A primeira foi a escravidão, a segunda o sistema legal de discriminação com base na lei *Jim Crow*. Depois, o gueto, “produto do cruzamento da urbanização e da proletarianização dos afro-americanos”, responsável por conter os descendentes de escravos nas metrópoles do norte. A quarta e atual instituição peculiar defendida por *Wacquant* é o complexo institucional que envolve a relação de “simbiose estrutural” e “suplência funcional” entre o gueto e o aparato carcerário.

⁴⁹ A ligação entre cárcere e produção econômica também é apontada por *Wacquant*. O autor destaca (2003, p. 120) que a prisão de afro-americanos nesse marco temporal trouxe a ascensão do *convict leasing*, que era o aluguel de condenados para empresas (cf nota 13). E com isso o Estado arrecadava enquanto os produtores tinham mão-de-obra barata, cativa e abundante. (cf. MELOSSI e PAVARINI. 2014, p. 197)

⁵⁰ Ainda segundo o estudo da *HRW*, afro-americanos tem 2,5 vezes mais chances de serem mortos em abordagens policiais do que brancos. E uma pessoa negra desarmada possui 5 vezes mais chances de ser morta pela polícia do que uma pessoa branca desarmada.

desregulação do mercado e retraimento da segurança social passa a ser consequência não só natural, como necessária (ITURRALDE. 2012, p. 169).

ITURRALDE (2012, p. 169-170), em artigo revisando a obra de *Wacquant*, destaca duas hipóteses levantadas pelo francês sobre a importância do sistema penal na efetivação do Estado Neoliberal. A primeira é que “o aparato penal é um órgão central do Estado” instrumentalizado para conservar as desigualdades materiais e simbólicas, e moldar – cultural e seletivamente – o comportamento das classes a qual o leviatã neoliberal⁵¹ é dirigido:

Nesse sentido, a polícia, os juízes penais e as prisões não são simples aparatos técnicos que impõem uma ordem legal, e sim veículos para a produção política da realidade e para o controle dos grupos sociais despossuídos e estigmatizados, assim como dos territórios em que estão confinados por uma ordem social excludente.

A segunda é que o neoliberalismo é uma revolução capitalista dos ricos (ITURRALDE. 2012, p 170). Nesse sentido, a função precípua do sistema penal (WACQUANT. 2009, p. 304-305) é o controle tanto de eventuais revoltas populares pela perda de direitos históricos, quanto da administração da população ‘sobrante’ das relações de trabalho, sob as óticas raciais e de classe⁵².

WACQUANT estende assim a crítica foucaultiana ao neoliberalismo (2015). Ao adentrar na sua política criminal, o autor destaca características específicas sobre o uso

⁵¹ WACQUANT (2009, p. 312) entende o Estado Neoliberal como um Estado Centauro: liberal com as classes média e alta, punitivo com as classes baixas, “mão abertas para umas, punho fechado para outras” (Iturralde. 2012, p. 170)

⁵² ITURRALDE (2012, p. 170, 171) ainda destaca três pressupostos que WACQUANT buscou romper dentro da análise socio-criminológica do neoliberalismo. O primeiro diz respeito à negligência dessas ciências com o estudo da instrumentalização do sistema penal para o controle da pobreza em detrimento da análise do binômio Crime x Castigo. O segundo, a separação entre políticas de seguridade social e a política criminal, que segundo os autores estão intimamente interligados. Na consolidação do Estado neoliberal, as políticas sociais tomam a forma de oferta de trabalhos precários obrigatórios. O trabalhador, que antes tinha na assistência social um direito, passou a ter que batalhar por ela. Na mesma esteira, a prisão tomou para si o intuito de incapacitar setores marginais da sociedade, direcionada àqueles trabalhadores que sequer conseguem chegar à luta pela assistência social. A finalidade de ambas é a mesma: relegar os excluídos do novo regime econômico à uma vida nas instituições peculiares (2009, p. 120) (cf. nota 9). Por fim, a constatação de que as abordagens teóricas materialistas e simbólicas (descendentes de Marx e Durkheim, respectivamente) não são excludentes como método de análise, reconhecendo a “estreita combinação” de funções instrumentais e expressivas do complexo penal. Para além das finalidades materiais já apontadas, o Estado penal converte-se em poderoso motor de grande impacto em amplos setores de ação governamental e da vida social (WACQUANT. 2009, p. 288).

do sistema penal pelo neoliberalismo não observadas pelo autor francês. O autor critica a obra de Foucault em três sentidos:

- a) A prisão não perdeu sua razão de ser. Ao contrário, o confinamento penal fez um retorno no período em que *Foucault* previa seu fim (*WACQUANT*. 2015, p. 15):

Em resumo, na falta de um conceito estrutural no qual se possa ancorar a punição como uma forma de poder simbólico, que se acumula nos estratos mais elevados do espaço social (o que Bourdieu captura com a noção de “campo de poder”), Foucault interpretou de forma equivocada a tendência histórica da moderna penalidade ocidental, quando profetizou o desaparecimento da prisão no exato momento em que ela estava ingressando uma fase de rápida expansão e de consolidação generalizada

- b) Para *WACQUANT* (2015, p. 13), a prisão contemporânea é feita para uma “neutralização brutal”⁵³, uma retribuição automática a um simples armazenamento, e não uma diferente da construção de corpos dóceis e produtivos.

Os “dispositivos de normalização” ancorados na instituição carcerária não se espalharam por toda sociedade. Ao invés disso, a ampliação da rede penal sob o neoliberalismo foi notavelmente discriminadora e reprodutora das discriminações que acompanham a tradição dos países ocidentais, principalmente as raciais (*WACQUANT*. 2015, p. 14)

- c) A superação do espetáculo penal medieval, da “ostentação dos suplícios” (*FOUCAULT*. 2013, p. 34) não foi confirmada na modernidade. A exploração dos símbolos do sistema penal e o suplício de seus alvos não é mais exercida pelo Estado, mas sim pelos conglomerados de mídia (*WACQUANT*. 2015, p. 15):

A Place de Grève, onde o regicida Damiens foi esquartejado de forma memorável, foi suplantada não pelo Panóptico, mas pela justiça televisiva e pela profusão de reality shows tipo “crime-e-castigo” que inundaram a televisão (Cops, 911, America’s Most Wanted, American Detective, Bounty Hunters, Inside Cell Block F etc.), para não mencionar o uso da justiça criminal como material para os noticiários diários e os seriados dramáticos (Law and Order, CSI, Prison Break, Orange is the New Black etc.) Tudo isso quer dizer que a prisão não “substituiu” o “jogo social dos signos da punição e o festim grosseiro que os coloca em movimento” (*FOUCAULT*, 1977, p. 131-134). Ela serve agora, mais precisamente, como sua cobertura institucional.

⁵³ A perspectiva de *WACQUANT* sobre as funções exercidas pelo encarceramento estão de acordo, também, com a definição de Insegurança Social (2015, p. 01), na qual o autor estabelece a presunção de três rupturas promovidas pelo Neoliberalismo combina o trabalho social gerencial (*workfare*) com o regime prisional punitivo (*prisonfare*). A primeira ruptura é romper com o ciclo vicioso do crime e castigo, despiando da prisão a sua pretensão reabilitadora. Ademais, as outras duas rupturas dizem respeito à volta da relação entre o bem-estar social e políticas penais e na superação da oposição entre materialismo e simbolismo, de modo a levar em consideração e manter coesas as funções instrumentais e expressivas do aparato penal.

A governamentalidade neoliberal, ou seja, a característica do neoliberalismo de ser uma forma de governo, como apontado pelos autores debatidos, presume, como aponta *WACQUANT* (2009, p. 307) a articulação de quatro lógicas institucionais:

- A desregulação econômica, isto é, uma nova forma de regulação que promove mecanismos próprios do mercado como a forma ótima, não só para conduzir transações econômicas e estratégias empresariais, mas também para organizar uma série de atividades humanas, como a provisão privada de bens públicos fundamentais sob pressupostos de eficiência, o que implica o desinteresse por questões distributivas de justiça e equidade.

- A descentralização, a retração e a recomposição do estado do bem-estar, com o intuito de facilitar a expansão e apoiar a intensificação do tratamento de pessoas como mercadorias, e em particular de submeter os indivíduos reticentes à disciplina do trabalho assalariado dessocializado através de programas de trabalho precário e obrigatório (*workfare*). Este tipo de programas estabelecem uma relação quase contratual entre o estado e as pessoas das classes baixas que recebem sua assistência, que são tratados não como cidadãos, mas como clientes, e que devem cumprir certas obrigações de conduta para obter a assistência pública

- O tropo cultural da responsabilidade individual, que invade todas as esferas da vida social e provê um vocabulário da motivação para a construção do sujeito (sob o modelo do empreendedor), a expansão dos mercados e a legitimação da maior concorrência que promove, cuja contrapartida é a evasão da responsabilidade corporativa e a proclamação da irresponsabilidade estatal, ou de uma responsabilidade consideravelmente reduzida, nos assuntos econômicos e sociais.

- Um aparato penal expansivo, intrusivo e proativo, que penetra as zonas mais marginais do espaço físico e social com a finalidade de conter a desorientação e as desordens geradas pela expansão da insegurança social e da intensificação da desigualdade, assim como de expandir uma supervisão disciplinar sobre os segmentos vulneráveis do proletariado pós-industrial e de reafirmar a autoridade do Leviatã, que, por sua vez, fortalece a legitimidade debilitada dos funcionários eleitos.

2.3.4 O inconveniente encontro entre o neoliberalismo e o racismo estrutural brasileiro

No Brasil, a sua tradição colonial-escravista somada a um século XX de autoritarismos não permitiram que o país vivesse o movimento liberal de expansão da cidadania e dos direitos sociais. O welferismo passa longe do Sul Global e da ex-colônia no curso do século XX. Somente em 1988 com a promulgação da Constituição Cidadã, fruto de uma Assembleia Constituinte democraticamente eleita, que o Brasil começa a ventilar um projeto de expansão de cidadania.

Como forma de governo, o neoliberalismo produz significantes e significados relacionados à gestão da vida em sociedade, do Estado, da economia, da prestação de serviços públicos, do controle do crime. Por causa disso, apesar de não haver uma legislação que implemente a política criminal neoliberal formalmente no Brasil⁵⁴, afere-se tendências na condução executiva das polícias, na legislação infra e pré constitucional e na análise dos dados da situação penitenciária vindos do Judiciário.

O neoliberalismo também é uma doutrina tardia no Brasil (SOUZA. 2018, p. 148). Somente a partir dos anos de 1990, após a ditadura civil-militar, que os projetos de liberalização da econômica, queda nos gastos sociais e aumento das pautas penais surgem. Sendo a fase intermediária dessa implementação, os governos Fernando Collor e Itamar Franco, e tendo o auge do neoliberalismo nesse período, o governo Fernando Henrique Cardoso.

De qualquer modo, pode-se aferir algumas diferenças entre o neoliberalismo da metrópole do capital frente ao neoliberalismo brasileiro, tanto o tardio quanto o colonial. No que tange a formação do Estado Penal brasileiro, perpassa-se, segundo TAIGUARA (2018, p. 153), por dois polos: um repressivo e um assistencialista.

O controle social da pobreza é empreendido tanto através de: a) programas de assistência que encontram no Programa Bolsa Família sua versão mais emblemática; quanto por: b) medidas de recrudescimento punitivo, expressas, sobretudo, no letífero *habitus* policial e no grande encarceramento em curso

Há um aumento da presença do Estado na vida do cidadão nos dois sentidos, principalmente, a partir dos governos do Partido dos Trabalhadores⁵⁵. O polo repressivo desvela verdadeiro Estado penal, o que faz a gestão da pobreza por meio da sua criminalização. É nesse entorno que se compreende três traços fundamentais para a caracterização do Estado Penal brasileiro (TAIGUARA. 2018, p. 154):

- a) O *workfare* brasileiro presente em determinadas políticas sociais.

⁵⁴ Ainda mais grave, violando sistematicamente a legislação Constitucional.

⁵⁵ TAIGUARA (2018, p. 152) entende o governo PT como um governo que fez pequenas mudanças na estrutura neoliberal, principalmente no escopo da busca pela redução das desigualdades provocadas nos anos 1990, sem, contudo, abrir mão da expansão do sistema penal: “Ainda que ancoradas em políticas macroeconômicas liberalizantes aos mercados, sobretudo o mercado financeiro, nas administrações do PT houve considerável redução da pobreza no País, em decorrência do incremento de programas assistenciais de transferência de renda.”

- b) O elevado índice de violência institucional, expresso na tortura e na letalidade policial.
- c) O grande encarceramento em curso no Brasil.

Está posto a contradição. O período no qual vigora uma Constituição democrática e avançada é o mesmo período da expansão do Estado penal brasileiro, fulcrado nas concepções neoliberais contemporâneas, na reprodução e reforço do controle violento das camadas excluídas da população, exercido sobre o genocídio colonial (SOUZA. 2018, p. 153)

Ademais, a partir da Magna Carta, significando juridicamente, não há nada hierarquicamente superior a promoção dos direitos e garantias fundamentais. As políticas públicas dos entes federados do Estado brasileiro deveriam ser orientadas a partir dos princípios democráticos de expansão da cidadania.

Todavia, contemporâneo ao projeto Constitucional, o neoliberalismo também chega ao Brasil com as suas propostas de reduzir o exercício de poder político coletivo, de esvaziar as noções de cidadania, e, na prática, de reduzir o alcance dos programas de incentivo social promovidos pelo Estado, rumo ao Estado Mínimo.

Somado ao esvaziamento orçamentário e ideológico dos serviços públicos prestados pelo Estado brasileiro aos seus cidadãos, a Era do Grande Encarceramento é a síntese dada ao projeto político criminal do período. Marcada pela guerra as drogas e pelas violações de direitos humanos em toda a extensão do poder penal sobre o cidadão, do policiamento ao cumprimento de pena, a política criminal contemporânea à Constituição Cidadã impõe uma contradição histórica a ser encarada.

2.3 Conclusões

O liberalismo, embora tenha representado grande avanço civilizatório frente ao antigo regime, tem sua cota de contradições e problemas. Para este trabalho, a contradição importante analisada reside em duas frentes: a relação entre cárcere e fábrica, e a relação entre metrópole e colônia.

O sistema penal foi eleito pelos Estados liberais, tendo o auge na primeira revolução industrial, como o instrumento para lidar com as classes indesejadas que o Estado não conseguia, ou não desejava, cuidar de outras formas. A disciplina e o controle

das classes trabalhadoras atingem dimensões morais, ideológicas, e do exercício da força propriamente dita, na forma do controle penal, do encarceramento e dos elementos que o cercam.

De forma paralela, o fenômeno do colonialismo tomava o que viria a ser chamado, de Sul Global. A ideologia, ou forma de governo, ou momento histórico, ou fenômeno, tem a função primária de saquear as riquezas dos países-colônia, e transferi-la para os países-metrópole, em uma representação do capitalismo predatório. As consequências desse período estão, entre outras, a produção de discriminação racial a nível estrutural contra o povo negro, escravizado por séculos no curso das ocupações coloniais.

Esse racismo estrutural produziu diversos mecanismos de controle disciplinar-penal sobre a população negra e seus costumes, suas crenças e suas práticas. A Cultura só foi ser aceita pelo Estado após décadas de luta dessa população na resistência e afirmação de sua identidade.

A estigmatização racista da população negra, somada ao uso característico do sistema penal para o controle de populações indesejadas do período histórico, fez com que a população negra no Brasil – país de tradição colonial que começava seu projeto republicano e liberal – fosse selecionada para compor as filares do cárcere. Realidade que se materializa até a atualidade.

A contradição liberal reside no fato de ter produzido toda a principiologia liberal de universalidade e respeito a direitos e garantias individuais e sociais, enquanto promovia a Colonialidade, a discriminação racial estrutural e o uso do cárcere para violar esses direitos a nível institucional, estatal, como política declarada de Estado.

O decurso do tempo sozinho não enseja mudanças profundas, precisa-se de ação política e estratégica sobre o futuro que se deseja para a sociedade. No entanto, não é nesse sentido que se desenvolve a sociedade brasileira, que apesar de avançar em marcos legislativos, não avança em marcos civilizatórios, ainda reproduzindo velhos preceitos.

Ademais, este capítulo também é possível retirar as conclusões de que, em um primeiro momento, o neoliberalismo não é somente uma política econômica. Representa verdadeira forma generalizada de governo, tanto na condução da administração pública,

nas políticas e penais, quanto na reprodução ideológica dos governos de si, na busca da concretização do indivíduo-empresa.

No uso do sistema penal, promove uma política criminal centrada na solução da criminalidade pela via repressiva. As análises dos períodos de grande encarceramento em Brasil e EUA dão conta de que, além de um uso esporádico e o abuso da lei pelos agentes de justiça criminal, o que ocorre é a articulação dos agentes do sistema penal para a execução de uma política criminal orientada para o exercício da violência institucional e da expansão do sistema penal como um todo.

No Brasil, a ascensão do neoliberalismo também significa a ascensão de uma política criminal com derramamento de sangue⁵⁶. Ao despejar os corpos indesejados nas penitenciárias, para a sua neutralização, a política criminal neoliberal também acaba por reproduzir as desigualdades socio-raciais históricas da sociedade brasileira. Ao selecionar o jovem negro e pobre como seu público-alvo, a política criminal desse período faz jus à história do uso e abuso do sistema penal para o exercício da segregação na sociedade brasileira.

De forma contraditória, essa realidade material de segregação, seletividade e violações sistemáticas de direitos humanos ocorre no curso de um período histórico democrático, em que vigora uma Constituição moderna, com a previsão de um Estado que limita a extensão dos seus poderes punitivos, a partir da promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

O próximo capítulo estuda o projeto político criminal da Constituição brasileira de 1988, buscando, a partir dos princípios constitucionais para o direito e o processo penal, qual a opção do poder constituinte originário para a dimensão do poder punitivo do Estado brasileiro sobre seu cidadão.

⁵⁶ Cf. Batista, Nilo. Política Criminal com derramamento de sangue.

3. O projeto constitucional brasileiro e a sua política criminal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, representava um momento de transição rumo a caminhos democráticos. O fim da ditadura civil-militar representa um novo olhar para a relação entre Estado e cidadão. As normas e práticas autoritárias, feitas no escuro dos quartéis da ditadura, foram substituídas por uma Assembleia Constituinte eleita, que após extenso debate público, funda o novo Estado brasileiro, um Estado Democrático de Direito.

Tendo ‘Cidadã’ em seu nome popular, a Constituição Brasileira, tem um extenso rol de direitos fundamentais, individuais, sociais, políticos, que ditam como deve ser a relação Estado x Cidadão em diversas áreas da vida. Essas normas constitucionais são orientadas por uma base principiológica que produzem uma coerência nessa relação, uma forma de governo, uma governamentalidade constitucional.

Tornar-se possível aferir a política criminal que o poder constituinte originário desejava para o Brasil em 1988 a partir do conjunto principiológico que compõe as normas jurídico-criminais da Carta. Estipular a tendência político-criminal da Constituição é objeto de diversos estudos que serviram de base para a construção do pensamento do presente trabalho.

Contudo, somente o trabalho de alinhamento entre as normas constitucionais e a política criminal não é suficiente para satisfazer o objeto da presente pesquisa. É necessário entender os entraves sócio-históricos, tanto da formação do Brasil, quanto da contemporaneidade neoliberal, impostos para a devida eficácia desse projeto, tanto na sua implementação político-ideológica, quanto na reprodução principiológica e normativa das regras constitucionais na legislação infraconstitucional.

O presente capítulo tem a função de versar e compreender qual a base principiológica que rege a relação Estado x Cidadão prevista pela Constituição Brasileira de 1988, e qual a dimensão dessa relação na esfera penal, indicando qual a tendência político-criminal indicada para o Brasil pela sua Constituição.

3.1 A doutrina dos direitos fundamentais

A mudança de paradigma para o neoconstitucionalismo, atual marco de extensão normativa das Constituições (MENDES. 2015, p. 53), ao longo do século XX versa sobre a atribuição para a norma constitucional, o *status* de normas jurídica. Não sendo mais uma carta política, um convite à atuação dos poderes constituídos: as Constituições passam a ser dotadas de supremacia e protegidas por sistemas de controle de constitucionalidade (BARROSO. 2019, p. 124).

A mudança na característica da norma constitucional para norma jurídica, BARROSO (2019, p. 125) destaca três consequências:

- a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente os referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;
- b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais;
- c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

A soberania, a superioridade hierárquica e a previsão de formas de controle de abusos da legislação infraconstitucional e de decisões judiciais apontam a Constituição como o norte político-jurídico a ser seguido. Ao estabelecer tais critérios de operação do Estado, e da vida em sociedade, necessita-se voltar o olhar para o conteúdo material da Constituição. Em outras palavras, quais são tais normas soberanas e hierarquicamente superiores, e porque se devem obediência das normas infraconstitucionais e dos operadores do direito.

Dentro da divisão material das normas constitucionais, o presente trabalho se volta para um estudo direcionado das normas constitucionais⁵⁷ definidoras de direitos (BARROSO. 2019, p. 126). Essa categoria de norma constitucional elenca direitos

⁵⁷ BARROSO (2019, p. 126 e 127) ainda destaca outras duas espécies de normas constitucionais: as normas de organização, que têm por objeto estruturar e disciplinar o exercício do poder político; e as normas constitucionais programáticas, que irão traçar fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes políticos

subjetivos, na promoção de uma série de bens jurídicos - individuais, coletivos e difusos – para usufruto dos cidadãos contempladas por ela. Enquanto isso, as prestações estatais positivas e negativas para a certificação da garantia desse direito, ou da sanção contra o Estado no caso de violação, representam o outro lado da relação: o direito individual é obrigação do Estado.

Canotilho (2019, p. 395) ensina a divisão⁵⁸ desses direitos com base na posição jurídica do cidadão em relação ao Estado. Partindo dessa premissa, as liberdades, direitos com o objetivo de limitar o Estado em sua interferência sobre o cidadão, ou seja, um dever de não-fazer, estão ligadas ao *status negativus*. “Daí o nome de direitos de liberdade, *liberdades autonomia e direitos negativos*” (Canotilho. 2019, p. 395).

Já em outro espectro, há os direitos com *status activus* e com *status positivus*. Os primeiros, de *status activus*, estariam os direitos relacionados à participação do cidadão na vida política. Podemos citar alguns como, por exemplo, o direito de voto, o direito a cargos públicos, e as expressões *direitos políticos, direitos do cidadão, liberdades de participação* (Canotilho. 2019, p. 395).

Por fim, a lição final de Canotilho (2019, p. 395 e 396) sobre o conceito de direitos vinculados ao *status positivus*:

(...) são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o *status positivus*: trata-se dos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Daí a sua designação como direitos positivos ou direitos de prestação, modernamente conhecidos por *direitos económicos, sociais e culturais* (cfr. arts. 58.º ss)

Antes de adentrar em como a Constituição brasileira se debruça na doutrina dos direitos fundamentais, tornar-se necessário explicitar, brevemente, os marcos, histórico e filosófico, que delimitam socialmente a importância da Constituição de 1988 para os

⁵⁸ Salienta-se que uma divisão inicial em direitos do homem e direitos do cidadão – direitos que pertencem ao homem como ser humano, e direitos que pertencem ao homem como ser social, respectivamente – própria das primeiras revoluções liberais, pressupõe a separação entre o *status negativus e activus*, entre o direito individual e direito político. “(...)a distinção em referência é uma sequela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binómio homem-cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica”. Canotilho (2019, p. 394) ressalta que essa distinção é a que fundamenta regimes censitários – através, precisamente da retirada da condição de cidadão, do *status activus*, de alguns indivíduos, ou grupos – demonstrando que a contradição entre uma principiologia que expande direitos e uma realidade material que os viola não está restrita a dogmática penal, uma vez que “a dicotomia entre direitos do homem e do cidadão, o artifício da distinção permitirá proclamar o princípio da igualdade, mas, ao mesmo tempo, evitar o sufrágio universal” (Canotilho. 2019, p. 395)

anseios democráticos do Brasil. Ambos marcos são observados por BARROSO (2019, p. 150 a 152).

Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por de trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. BARROSO (2019, p. 150) destaca a importância do “sentimento constitucional” no país, apesar de inicial.

O marco histórico em que a Constituição se instala é o da redemocratização. Após vinte e quatro anos de uma ditadura civil-militar onde as liberdades foram violadas e revogadas, a promulgação de uma Constituição através de vias democráticas, quais sejam, a eleição de uma Assembleia Constituinte, o debate público, as votações e a promulgação. Por um processo legislativo democrático, cria-se a Carta responsável pelo mais longo período de estabilidade republicana no Brasil (BARROSO. 2019, p. 150).

Paralelamente ao momento histórico na qual a Constituição de 1988 orbita, BARROSO (2019, p. 150) estabelece o marco filosófico da Carta como o pós-positivismo. Apresentando-se como uma solução para o embate filosófico liberal anterior, entre as concepções positivistas e jusnaturalistas, o pós-positivismo tem suas características destacadas por BARROSO (2019, p. 151):

Não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia

Uma aproximação entre Direito e ética, na qual se funda na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse sentido, tal doutrina empreende uma leitura moral da Constituição e das leis, sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO. 2019, p. 151), buscando ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto.

Esse novo paradigma resgata uma série de práticas⁵⁹. A novidade que se apresenta reside na criação e elaboração de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo tem a característica de materializar um princípio com força normativa, e a partir disso, desenvolver seu programa de expansão dos direitos fundamentais, com a base principiológica – e normativa – da dignidade humana.

Novidade entre princípios milenares como democracia, república e liberdade, a dignidade da pessoa humana é o princípio que fornece a coerência sistêmica para os direitos individuais consagrados na Constituição de 1988, sendo seu fundamento e objetivo (BARROSO. 2019, p. 152).

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental e assume no Direito a forma de princípio, sendo um princípio jurídico de status constitucional (BARROSO. 2019, p. 152). Destacam-se duas funções dos princípios em um ordenamento jurídico: a fonte direta de direitos e deveres; e a interpretativa.

Sendo fonte direta de direitos e deveres significa ser possível extrair regras que atuarão em casos concretos, no caso da dignidade da pessoa humana. Em exemplo dado por BARROSO (2019, p. 151), seria proibida e nula qualquer norma que permitisse a tortura, ainda que não houvesse uma proibição expressa dessa prática. Na função interpretativa, a principiológica deve informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. A função interpretativa ainda pode contribuir como a bússola que guiará os operadores do direito em outras situações, como lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas. (BARROSO. 2019, p. 151).

Para adquirir a concretude no mundo material que o princípio precisa para sua eficácia, necessita-se delimitar um conteúdo mínimo como o ponto de partida das análises materiais. Faz-se necessário afastar certas hipóteses de inclusão, a partir de três características essenciais (BARROSO. 2019, p. 153):

- a) Laicidade, ou seja, ser livre de crenças e bases religiosas para defini-lo, afastando a possibilidade da segregação étnico-religiosa;

⁵⁹ Dentre essas, Barroso (2019, p. 152) destaca: a reatualização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica e a formação de uma nova hermenêutica.

- b) Neutralidade política, não no sentido de privar de tomar as posições que precisa, mas no sentido de contemplar os mais amplos espectros políticos na disputa democrática de seu conceito e de sua aplicação na forma de políticas públicas, negando a exclusão de correntes ideológicas democráticas do processo político;
- c) por fim, aconselha-se que a universalidade caracterize o princípio, uma vez que a capacidade de ser compartilhada por todo integrante da espécie humana é um dos fatores de legitimidade de sua legitimada. Afasta-se também a possibilidade da exclusão de qualquer corpo humano desses processos.

BARROSO (2019, p. 153) destaca o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário como os integrantes desse conteúdo mínimo para a caracterização de um princípio da dignidade humana.

Quanto ao valor intrínseco da pessoa humana, aponta-se sua derivação do imperativo kantiano de que o homem é um fim em si mesmo e não um instrumento de metas coletivas e sociais, postulado pelo antiutilitarista. Afere-se a ideia de que o Estado é feito para o indivíduo, e não o contrário, em uma postura antiautoritária (BARROSO, 2019, p. 153). O autor (2019, p. 154) ainda destaca direitos fundamentais que surgem a partir dessa característica, incluindo, mas não se limitando aos:

- a) direito à vida: todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crime. A dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia;
- b) direito à igualdade: todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento das uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros;
- c) direito à integridade física: desse direito decorrem a proibição de tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. É aqui que se colocam debates complexos como os limites às técnicas de interrogatório, admissibilidade da prisão perpétua e regimes prisionais. E, também, do comércio de órgãos e das pesquisas clínicas;
- d) direito à integridade moral ou psíquica: nesse domínio estão incluídas a privacidade, a honra e a imagem. Muitas questões intrincadas derivam desses direitos da personalidade, nas suas relações com outros direitos e situações constitucionalmente protegidas. Têm sido recorrentes e polêmicas as colisões entre a liberdade de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à privacidade e à imagem, de outro.

O valor intrínseco da pessoa humana explicita os caracteres antiautoritário, antiutilitário e antissegregacionista da dignidade humana, ao não afastar nenhum ser humano de seu alcance. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana pode assumir contornos de verdadeira categoria lógico-objetiva ou lógico-concreta, inerente ao homem enquanto pessoa (COIMBRA E GOMES. 2020, p. 03).

Outra característica da dignidade humana diz respeito a autonomia individual. Ela não diz respeito à existência propriamente dita, mas à condução e a condição da mesma. Cabe à autonomia individual preservar as possibilidades concretas de escolhas filosóficas, religiosas, afetivas e políticas do cidadão, sem prejuízo de outras eventuais decisões sobre sua vida. Da autonomia individual é o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas (BARROSO. 2019, p.153).

BARROSO (2019, p. 153) divide e examina, no plano jurídico, duas dimensões da autonomia (privada e pública) e um pressuposto necessário, que condiciona o exercício da autonomia digna à um mínimo existencial:

a) autonomia privada: está na origem dos direitos individuais, das liberdades públicas, que incluem, além das escolhas existenciais acima referidas, as liberdades de consciência, de expressão, de trabalho e de associação, dentre outras;

b) autonomia pública: está na origem dos direitos políticos, dos direitos de participação na condução da coisa pública. A democracia funda-se na soberania popular – todas as pessoas são livres e iguais e podem e devem participar das decisões que afetem sua vida –, constituindo uma parceria de todos em um projeto de autogoverno. A autonomia pública identifica aspectos nucleares do direito de cada um participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também por meio do debate público e da organização social;

c) mínimo existencial: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública

Ao versar sobre as possibilidades e liberdade de uma vida autônoma, a dignidade da pessoa humana busca a integração saudável do indivíduo com o Estado e o corpo social; busca-se o equilíbrio entre liberdade individual e poderes públicos e políticos, condicionando toda vida humana, autonomamente digna, a um mínimo existencial.

Conclui-se, então, que há dignidade da pessoa humana, que há autonomia individual, a partir de garantido, materialmente, o suprimento das necessidades básicas de cada ser humano. Para o devido usufruto pleno de toda a extensão das liberdades de decisões individuais.

Por fim, o valor comunitário se apresenta como o elemento social da dignidade humana (BARROSO. 2019, p. 155). O valor comunitário diz respeito aos valores compartilhados pela comunidade, sua expectativa de “vida boa”. Ele aponta os limites para a autonomia individual. Especifica BARROSO (2019, p. 155), o valor comunitário nos seguintes componentes:

a) a proteção dos direitos de terceiros: a autonomia individual deve ser exercida com respeito à autonomia das demais pessoas, de seus iguais direitos e liberdades. Por essa razão, todos os ordenamentos jurídicos protegem a vida, criminalizando o homicídio; protegem a integridade física, criminalizando a lesão corporal; protegem a propriedade, criminalizando o furto, em meio a inúmeros outros bens jurídicos tutelados pelo direito penal e outros ramos do direito;

b) a proteção do indivíduo contra si próprio: em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, suscetíveis de lhes causar lesão. Assim, portanto, é possível impor o uso de cinto de segurança ou de capacete, tornar a vacinação obrigatória ou estabelecer o dever de os pais matricularem os filhos menores em escolas. Nesse domínio se inserem questões controvertidas, como eutanásia, sadomasoquismo e o célebre caso do arremesso de anão;

c) a proteção de valores sociais: toda sociedade, por mais liberais que sejam seus postulados, impõe coercitivamente um conjunto de valores que correspondem à moral social compartilhada. Proibição do incesto, da pedofilia, da incitação à violência constituem alguns consensos básicos. Mas, também aqui, existem temas divisivos, como a criminalização da prostituição ou a descriminalização das drogas leves. A imposição coercitiva de valores sociais – em geral pelo legislador, eventualmente pelo juiz – exige fundamentação racional consistente e deve levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. É preciso evitar o paternalismo, o moralismo e a tirania das majorias.

A qualificação e caracterização do significado de dignidade humana e seus componentes se mostra fundamental para as aspirações do trabalho. Sendo a base principiológica que informa e dá coerência à Constituição e aos direitos e garantias fundamentais contidas nela, a dignidade humana irá orientar a relação do Estado com o cidadão, podendo tomar uma complexidade de formas⁶⁰. Para adentrar no objeto

⁶⁰ Destaca MENDES (2015, p. 157) a teoria dos quatro *status* de Jellinek, na qual há quatro posições em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado. A primeira, em subordinação (*status subjectionis*, ou passivo). A segunda, o *status* negativo, diz respeito ao espaço de liberdade entre o cidadão e as ações do

específico deste capítulo, qual seja, a indicação político-criminal da Constituição Cidadã, faz-se necessário antes estudar os direitos individuais – deveres estatais – que regem o poder punitivo, limitando-o.

De todas as categorias de direitos fundamentais apontadas por MENDES⁶¹ (2015, p. 157), embasamos nosso pensamento no direito de defesa e nas garantias individuais. As duas categorias de normas jurídico-constitucionais delimitam o alcance material e processual do poder punitivo do Estado brasileiro.

Os direitos de defesa buscam impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo (MENDES. 2015, p. 157), objetivando a limitação da extensão do poder do Estado sobre a vida individual e sobre os bens que o ordenamento jurídico se presta a garantir.

MENDES (2015, p. 158) exemplifica que os direitos de defesa estão contidos, em sua maioria, no art. 5º da Constituição Federal:

A título de exemplo, enquadram-se nessa categoria de direitos fundamentais o de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II), não ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III), a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV), a liberdade de crença e de exercício de culto (inc. VI), a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X), o sigilo de comunicações (inc. XII), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inc. XIII), a liberdade de locomoção (inc. XV), a liberdade de associação para fins lícitos (inc. XVII), a proibição de penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, b).

Há, ainda, a proteção indireta ao abuso do poder pela via procedimental na figura das garantias fundamentais, ou direitos-garantia (MENDES. 2015, p. 169). Assegura-se ao cidadão a prerrogativa de exigir o cumprimento do direito instrumentalizado, incluindo as normas de processo penal, presentes especialmente no art. 5º da Carta⁶².

A Constituição brasileira tem elementos que impõem limites às restrições ao direito penal material e à condução do processo penal, assegurando força normativa aos

Estado, momento em que o Estado deve um espaço de não-interferência. O *status civitatis*, ou positivo, diz respeito ao direito individual de se exigir do Estado na realização de alguma prestação, ou seja, o momento em que quem tem o dever é o Estado. Por último, o *status* ativo, o quarto *status*, diz respeito a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado, ou seja, o momento em que o indivíduo usufrui dos seus direitos políticos.

⁶¹ Direitos de defesa, a prestação e de participação

⁶² MENDES (2015, p. 169) ainda destaca que não há, na prática, desigualdade de tratamento entre direitos que conferem proteção material ao cidadão, e garantias que conferem proteção procedimental ao cidadão.

princípios que devem orientar a conduta do Estado frente ao seu cidadão. Entender a relação da Constituição com os dois ramos das ciências criminais é a metodologia selecionada como modo de compreender qual a opção de política-criminal constitucional possível de aferir.

Delimitar princípios e regras tanto do direito penal quanto do processo penal à luz da Constituição ajuda a entender como a Carta coloca a extensão, e os limites, do poder punitivo. Assim, o trabalho fornece uma resposta de como se espera o tratamento do Estado brasileiro em relação a políticas públicas para reduzir a criminalidade, a partir da Constituição.

3.2 A ciência político-criminal vinculada à Constituição e sua potencialidade transformadora

Antes de adentrar no debate de como a política criminal pode ser interpretada a partir da normatividade constitucional, necessita-se compreender como a política criminal se situa em uma perspectiva teórico-crítica.

O novo paradigma das funções da ciências político-criminal analisado por LEMOS (2011) da conta da superação do paradigma inicial de que a política criminal seria orientadora do legislador na criação de leis penais.

A obra de DIAS (2007) aponta que a política criminal ocupa uma posição de domínio e transcendência à dogmática, responsável por duas atividades:

- a) Determinar e cunhar as categorias e os conceitos básicos da dogmática-penal, cumprindo as funções que lhes são estabelecidas (DIAS. 2007, p. 33)
- b) Definir os limites da punibilidade, na medida em que quer atingir as finalidades que a si mesma se comete através do direito penal (DIAS. 2007, p. 34)

No entanto, destacamos que, por mais que seja de iniciativa da política criminal determinar as categorias do direito penal e os limites sua extensão, o seu fazer é de acordo com os regramentos e normatividade do próprio direito penal, uma vez que pretende realizar seus objetivos através desse direito. Dessa forma, a política criminal é responsável pelas proposições quanto à dogmática jurídico-penal, e também pela definição das fronteiras dessa punibilidade (DIAS. 2007, p. 36).

Assim, cria-se uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática face a um direito penal positivo. A política criminal consiste em servir de padrão crítico, tanto do direito constituído, como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação (DIAS. 2007, p. 35).

Em nota final, DIAS (2007, p. 35) destaca que, se a política criminal é extra-sistêmica ao direito penal, é intrassistêmica relativamente à concepção do Estado, sendo imanente ao sistema jurídico-constitucional. As propostas procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição, pois

Apenas desta maneira poderá de resto a política criminal, como deve, conceder uma importância primária à proteção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa, incluído o delinquente mais empedernido

Expandindo a perspectiva de DIAS, ZAFFARONI E BATISTA (2011) entendem que a política criminal é resultante da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política e especialmente com a engenharia institucional:

É função da ciência política precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, por conseguinte, notificar ao dogmático, ao parlamentar e ao juiz as consequências reais daquilo que o primeiro propõe e os demais decidem, assim como informar-lhes acerca do sentido político geral do quadro de poder em que tomam suas decisões, o qual pode ser liberal ou autoritário, garantidor ou policial, isto é, reforçador ou debilitador do estado de direito.

A metodologia de ZAFFARONI E BATISTA busca responsabilizar toda e qualquer ação do Estado, na figura dos seus agentes, como de responsabilidade do Estado:

Para evitar distorções idealistas, no presente estudo a expressão política criminal não se referirá apenas, como no conceito de ZIPPL, à obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal", nela se incluindo o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação (BATISTA. 1998, p. 77)

Analisar violações de direitos e garantias fundamentais por parte de agentes do Estado não se trata de análise de casos isolados, ou de como determinados grupos dentro do Estado se comportam. Cabe ao objeto da política criminal entender se as atividades

“subterrâneas”, incoerentes, a princípio, fazem parte de algum projeto político criminal estrutural, que viola sistematicamente a normatividade constitucional, expandindo a punibilidade para além dos seus limites (LEMOS. 2011, p. 18).

Circunscritas as funções pelas quais este trabalho se apoia no que tange a política criminal, o objetivo visado trata-se da indicação político-criminal da Constituição brasileira de 1988. Para tal, traça-se as relações entre a normatividade constitucional e os direitos penal e processual penal, entendendo os limites impostos pela Constituição para o exercício do poder punitivo. Definida a extensão do poder punitivo dada pela Constituição, busca-se a indicação político-criminal brasileira.

Articular-se os elementos constitucionais com o direito penal buscando compreender como a Constituição trata a relação do Estado com o seu exercício de poder mais grave contra o cidadão. Nesse sentido, a principiologia constitucional e os direitos fundamentais individuais cumprem função ímpar nessa análise.

A relação entre os direitos fundamentais e o direito penal é composta, como destacam SILVA ET AL. (2020, p. 317) pelo binômio limite-fundamento. Como já fora debatido neste trabalho, os direitos fundamentais são instrumentos na limitação da extensão do punitivo do Estado, sendo o caráter limitativo do Direito Penal fruto da Constituição, que contém os valores e diretrizes para definir os bens jurídico-penais. Sendo esse o primeiro componente do binômio: o limite.

O segundo, o fundamento, diz respeito ao estabelecimento de normas pelas quais a ação punitiva do Estado sai da condição de potencial violadora de direitos fundamentais, que deve ser limitada, para o instrumento de proteção desses direitos fundamentais. A Constituição entende pelo uso do direito penal como protetor de bens jurídicos, como daqueles que são de extrema valia para a sociedade, chegando a apontar para a criminalização de condutas em específico (SILVA ET AL. 2020, p. 318).

Diante disso, a Constituição tem duas frentes de preocupação com o direito penal: a) conter a atividade estatal no exercício da coerção penal, em virtude que seu potencial autoritário não é compatível com o projeto de Estado de Direito constitucional; b) Apesar do reconhecimento do direito penal e do seu potencial autoritário, opta pela tutela penal para a proteção de bens jurídicos que se mostram especialmente caros à sociedade.

O processo penal, por sua vez, deve seguir uma série de regras, normas e princípios constitucionais já debatidos, com destaque, o princípio democrático e o princípio acusatório. A dupla norteia toda a principiologia e normatividade do processo penal da constituição brasileira, uma vez que democracia processual penal significa controle e limite ao exercício de poder (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 313) e o princípio acusatório representa o princípio unificador que rege a forma como o Estado se porta no curso do processo penal e em como o processo se estrutura fortalecendo “o diálogo (contraditório) entre as partes, o fardo probatório que recai sobre o órgão de acusação e assim fixa o lugar do discurso do julgador” (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 314).

O binômio limite-fundamento se repete na forma ao apresentar os limites para o processo penal e se debruçar nesse processo é necessário, devidamente prestando atenção em seus limites. Ele é o instrumento pelo qual o Estado chega à eventuais sentenças condenatórias para o exercício do poder punitivo. Com isso, a Constituição não abarca nenhuma visão abolicionista para o sistema penal, pelo contrário, instaura princípios e normas para conduzir um sistema penal. Ocorre que esse ordenamento jurídico-penal da Constituição brasileira, com fins de se atingir uma sociedade democrática, se cruza com a tradição autoritária da sociedade brasileira. Sendo assim, constata-se que “uma Constituição tendencialmente democratizante não leva, por si só, à democratização de uma sociedade” (CASARA E MELCHIOR. 2013, p. 310).

DIVAN (2015) entende pela necessidade de uma política processual penal para a realização dos princípios constitucionalmente indicados. Para o autor, não há que se falar em ameaça à ordem constitucional diante de um programa político-criminal que se vincule aos valores e cláusulas constitucionais (2015, p. 71).

O autor (2015, p. 129) começa sua análise destacando que o processo penal é o veículo principal de uma democracia, contendo o instrumento do exercício do poder penal, e que há uma armadilha em se confundir a função de veículo principal, ao lhe atribuir maior espaço de atuação judicial. Diante do principal mecanismo do exercício de poder estatal, uma democracia deve se organizar de forma a limitá-lo e formar um processo penal com um viés garantista, em que os direitos individuais do cidadão diante do Estado no processo penal se convertem em valores e garantias públicas:

O processo e suas regras circunstanciais devem opor à pretensão acusatória, que busca satisfação jurisdicional, uma plataforma para que o réu, presumidamente inocente, defenda esse estado “natural”, em detrimento do estado “excepcional” de culpa (Divan. 2015, p. 121)

Diante da imposição constitucional do modelo processual penal garantista, ligado ao sistema acusatório, há um lastro visível em nossa ordem constitucional que age como guia do teor processual (sobretudo, penal) a ser praticado em nosso sistema jurídico (DIVAN. 2015, p. 127). Portanto, os programas político criminais que dizem respeito ao processo penal devem partir desse paradigma de análise. Destaca-se que o nosso trabalho parte da concepção político-criminal exposta por DIVAN (2015, p. 129); qual seja a relação entre maior gerencialmente estatal: mais verticalidade; ou gerenciamento estatal restrito: mais espaços de horizontalidade.

Conclui-se, portanto, que a construção de uma política processual penal⁶³ se apoia em dois níveis de análise (DIVAN. 2015, p. 129); o primeiro é as finalidades existenciais do processo penal, e a análise do comportamento dinâmico do processo, para se construir a ideia de instrumentalidade processual.

Tornar-se necessário analisar a finalidade do processo penal constitucional-democrático. Para DIVAN (2015, p. 142) o processo penal é parte do aparato político criminal estatal, sem ocupar nenhuma posição primordial. Nesse sentido, o autor aponta para o risco de se alocar o processo para uma posição de primazia, e considera que a função jurisdicional se revela somente quando atua, ignorando a possibilidade de uma efetivação constitucional dos valores, princípios e regras de forma “mais fértil e menos traumática”.

Nessa noção de instrumentalidade o processo passa de elemento de política criminal relativo à esfera mais interior desta (o sistema jurídico-penal) para suprassumo político que representa a vitrina de atuação estatal no que tange à *policy* atinente à questão criminal e seu entorno (DIVAN. 2015, p. 144). Assim, se constrói uma noção de instrumentalidade expansionista que condiciona o processo à resultados pré-determinados, provocando um “ativismo magnânimo do juiz” e na ideia de que o processo penal pode resolver conflitos sociais.

Entretanto, instrumentalidade processual penal, constitucional e democraticamente orientada, deve estar voltada para a qualidade da sua interferência, e

⁶³ Destaca-se que o trabalho parte da concepção político-criminal exposta por DIVAN (2015, p. 129), qual seja, a relação entre maior gerencialmente estatal: mais verticalidade; ou gerenciamento estatal restrito: mais espaços de horizontalidade

não, necessariamente na sua quantidade (DIVAN. 2015, p. 143). Essa instrumentalidade vai ser o mecanismo de efetivação da política processual penal, que nada mais é, que um expediente político criminal (DIVAN. 2015, p. 138).

Os pontos elencados delimitam a relação em direito e processo penal e a Constituição, entendendo a extensão do poder punitivo dado ao Estado brasileiro pela sua Carta Magna. Seguindo o entendimento de DIAS (2007, p. 35), a política criminal deve se orientar a partir dos limites jurídico-constitucionais, e, nesse sentido, fazemos a interpretação da indicação político-criminal constitucional.

A conclusão leva o trabalho a destacar a necessidade de uma constitucionalização ativa dos elementos que compõem o sistema penal, por meio de uma política criminal declarada na forma de lei. A produção de uma plataforma político-criminal, submetida à Constituição, sua principiologia e normatividade, enquanto submete o direito e o processo penal não só ao conjunto de regras constitucional, mas também à preceitos instrumentais, e metas concretas a cumprir quanto à resposta ao crime e quanto à extensão do exercício de poder punitivo.

Um programa político-criminal derivado da Constituição e aprovado na forma de lei traria a transparência e o debate público qualificado necessário para a legitimidade democrática da referida política e de um acúmulo material de debate e conhecimento científico, destacando o papel da criminologia, e da pesquisa criminológica, no auxílio da construção desse programa.

ZAFFARONI E BATISTA (2011, p. 276) recomendam a criação de conselhos de política criminal para se aferir cientificamente as prioridades criminais da sociedade e a melhor alocação de recursos orçamentários. Um exemplo para tal recomendação dos dois autores, posto em prática, é a lei-quadro de política criminal portuguesa (lei nº 17/2006). A lei visou vincular o governo a apresentar ao parlamento, de dois em dois anos, uma proposta de lei sobre política criminal (objetivos, prioridades e orientações) mediante audiência prévia de várias entidades (BRANCO. 2014, p. 12).

Seu art. 1º, além de definir os objetivos gerais da política-criminal, serve de base para uma conceituação do papel pragmático assumido pela política criminal em sua fase de execução:

A condução da política criminal compreende, para efeitos da presente lei, a definição de objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da

No decorrer dos primeiros artigos, ao vermos o art. 3º, ele também estabelece o princípio da congruência, que submete a política criminal às valorações da Constituição e da lei sobre os bens jurídicos. Consagra, em partes, a análise de DIAS (2007, p. 35) já comentada, de que a política criminal deve estar submetida aos limites jurídico-constitucionais, mas não consagra por completo o que fora teorizado pelo autor. A supremacia da política criminal sobre a legislação penal, também destacada por DIAS (2007, p. 35) não é contemplada, pela submissão da política criminal pela legislação penal, na figura da lei dos bens jurídicos.

Tal característica é qualificada por COSTA ANDRADE (2006, p. 266) como a renúncia deliberada àquela intencionalidade crítica, que seria uma dimensão conatural do próprio estatuto. Essa dimensão diz respeito à parte política do que se entende por política criminal, posição de transcendência e de crítica que a política criminal exerce em relação ao direito posto. Ao abrir mão dessa dimensão crítico-política, a lei deixa, propositadamente, fora de seu alcance, um universo “inabarcável” de problemas político-criminais, para limitar a atuação da lei à um problema “reduzidíssimo” de celeridade processual:

Mais precisamente a celeridade processual que é possível influenciar através de injunções normativas dirigidas ao Ministério Público. Para evitar uma interminável lista de omissões e silêncios, permitimo-nos convocar duas ausências que se nos afiguram particularmente comprometedoras: o discurso da criminalização e a problemática da ressocialização. Dois nódulos problemáticos que se identificam com os dois pólos entre os quais se inscreve a trajetória da política criminal e que representam, por assim dizer, o seu alfa e ómega. (COSTA ANDRADE. 2006, p. 267)

As duas ausências destacadas por COSTA ANDRADE (2006, p. 267) dizem respeito à dois momentos do desenvolvimento e crítica de uma política criminal. São eles: Os movimentos descriminalizadores e neo-criminalizadores. A criação de leis penais que determinam condutas criminosas e retiram o *status* criminoso de outras é, afinal de contas, a produção de política criminal, “na mais decantada e paradigmática das suas formas” (2006, p. 267).

Em relação a ausência da ressocialização no diploma, Costa Andrade (2006, p. 267) entende por um “desinteresse incompreensível”, levando em consideração que a

ressocialização é um dos pilares da experiência das instituições penais portuguesas. Em que pese a crítica de Zaffaroni e Batista (cfr. 2011) à tentativa de ressocialização pelos muros do cárcere, não parece que o legislador fez a opção de tirar a ressocialização da lei a partir da crítica abolicionista às ideologias re-, e limitou, como deixa claro o art. 1º, a lei de política criminal a atuar somente em matéria de investigação criminal, ação penal, execução de penas e medidas de segurança.

A inclusão das duas últimas preocupações faz parte do processo político e da reação à ausência da ressocialização dentro das finalidades da lei de política criminal. Entretanto:

As alterações introduzidas no processo legislativo e relativas à execução das reações e à reinserção social para além de não concretizarem nenhum avanço na direção da ressocialização, acabaram por perturbar o sentido e destruir o equilíbrio e a coerência de que o texto originário sempre poderia reivindicar-se, ao circunscrever expressamente as injunções de política criminal aos domínios da investigação criminal e da acção penal. (Costa Andrade. 2006, p. 269)

Para COSTA ANDRADE (2006, p. 267), a renúncia à parte crítico-política do desenvolvimento da política criminal na lei de política criminal portuguesa significa que a lei não faz jus ao estatuto de lei-quadro da política criminal, nem como objeto formal, nem como material.

COSTA ANDRADE (2006) estende suas críticas à lei no que tange a prioridades e orientações. Quanto às prioridades, o autor (2006, p. 272) debate a questão de insistência da lei em preservar intacto o princípio da legalidade e a obrigação que lhe é inerente de processar qualquer notícia-crime dentro de uma legislação que busca estabelecer, ao mesmo tempo, prioridades de prevenção e investigação.

A contradição analisada por COSTA ANDRADE (2006, p. 272) reside na assunção⁶⁴ da cifra oculta pela lei, na busca por conferir transparência e legitimidade democrática na

⁶⁴ Assume-se a cifra oculta como um fato indissociável do sistema penal, deixando de ignorar sua existência, bases onde se constrói, assim, uma política criminal cega e acrítica. Qualquer mudança em política criminal, que venha com autenticidade e eficiência, deve ser precedida da busca por esclarecer as categorias da investigação criminológica – quais sejam: o conhecimento da fenomenologia criminal; o conhecimento das representações colectivas sobre o crime; o conhecimento da reação formal e informal ao crime; o conhecimento do impacto e consequências do estigma e das reações, em uma lista que não está fechada (COSTA ANDRADE. 2006, p. 270). Resguardada a crítica do autor de que a investigação criminológica em Portugal não deixa de ser embrionária, apesar do esforço da legislação (COSTA ANDRADE. 2006, p. 270).

seleção dos crimes a serem investigados, uma seleção assumida, debatida e selecionada a partir de critérios democráticos. Ao invés de uma seleção amorfa e incontrolável sujeita à força do acaso, das emoções e preconceções.

Quanto às orientações, COSTA ANDRADE (2006, p. 267) destaca a exclusão do tribunal das diretrizes de orientação. Para o autor:

Dito com a segurança das evidências axiomáticas e simples, o Tribunal é sempre o destinatário natural e principal das injunções de política criminal inscritas nos comandos legais. É o Tribunal que, em definitivo, subjectiviza *in action* os programas político-criminais ínsitos na *law in books*. (COSTA ANDRADE. 2006, p. 274)

Diante da explicitação, a construção de uma lei de política criminal que não seja orientadora dos Tribunais não está conforme os fundamentos pelos quais se guia a política criminal. Há que se falar, ainda, em uma interferência indevida na independência do judiciário, afinal:

(...)nada mais normal e legítimo do que o propósito do legislador prescrever orientações e sentidos de étimo político-criminal, preordenados à prossecução das metas de política criminal por ele, legislador, previamente definidas. E que, para o conseguir, proceda, ele próprio, à redução da complexidade com que o Tribunal terá de confrontar-se. Ponto é que o faça *por via de lei* e sob a *forma de lei* (COSTA ANDRADE. 2006, p. 275)

Apesar das justas críticas de COSTA ANDRADE (2006) e dos importantes problemas a serem encarados pelas próximas edições das leis de política criminal bianuais, e até para uma reforma da lei-quadro que reveja a posição jurídica da política criminal em relação ao direito penal, o papel do princípio da legalidade, e a ausência de diretrizes de orientação para os tribunais, ter uma política criminal declarada, que passou pelo processo legislativo, e que se renova pelo mesmo processo, a cada dois anos, é um avanço inegável na adequação constitucional das práticas do sistema penal, na tentativa do rompimento com as amarras autoritárias, rumo a uma sociedade amplamente democrática.

Aplicar um programa legislativo político criminal do gênero seria de extrema valia para a busca da redução da criminalidade e da violação sistemática de direitos humanos, com direcionamento de classe e étnico-racial, endêmicos na realidade brasileira.

No entanto, atenhamo-nos às críticas de COSTA ANDRADE (2006) à lei portuguesa, em acúmulo com as problemáticas propriamente brasileiras. Nesse sentido, cabe destacar:

- a) Uma lei de política criminal brasileira deve levar em consideração todo o histórico, passado e presente, a tradição inquisitorial, racista, classista e autoritária do sistema penal brasileiro, tendo como um de seus objetivos, o rompimento com essa realidade.
- b) Deve se basear na investigação criminológica e elencar as prioridades a partir dos problemas criminais brasileiros, aferidos cientificamente e submetidos a análise e debate público periódicos.
- c) Deve conter orientações para todos os atores do sistema penal, inclusive os tribunais, que não estão imunes do respeito a novas leis.
- d) Não pode estar submetida à legislação penal, sendo papel da política criminal – e de uma lei com renovação periódica – a proposta de reformas na legislação penal, para melhor adequar a política criminal material aos anseios Constitucionais, aos quais a lei se prestaria a contemplar.

A lei-quadro de política criminal portuguesa e as leis de política criminal subsequentes dão exemplo de como é possível rumar à adequação constitucional da política criminal a partir de um sentido legislativo. As críticas e elogios à lei portuguesa servem de acúmulo para encarar a tarefa da consagração material dos princípios constitucionais.

3.3 Conclusões

O terceiro capítulo do trabalho buscou qualificar juridicamente as categorias que se prestou a analisar. A interdisciplinaridade presente nos três capítulos se mostra necessária para buscar as respostas para os entraves na efetivação material do projeto constitucional brasileiro.

Este projeto carrega a marca histórica da redemocratização e da superação de um longo período de trevas, em que a sociedade brasileira esteve submetida à uma ditadura civil-militar. Novas finalidades para a República são normatizadas em uma Constituição que celebra a democratização das instituições e da sociedade, buscando a eliminação das desigualdades e a efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira possui um especial cuidado ao elencar os dispositivos do exercício do poder estatal, fornecendo as margens principiológicas que assumem a interferência penal, mas a situam como *ultima ratio* da interferência do Estado. Dessa forma, o direito penal material e o direito processual penal ficam submetidos ao respeito à uma série de direitos e garantias intitulados aos cidadãos, mas que possuem natureza jurídica de direito público, dada a sua importância social e coletiva, na contenção do poder punitivo.

Todavia, esse sistema de garantias e direitos precisa de uma instituição material, ciente de que somente a existência formal da Constituição não conduz ao seu cumprimento. O argumento que sugere a criação de uma lei de política criminal que vai, a partir da principiológica constitucional para o direito penal e o processo penal, orientar os agentes do sistema penal em interesses selecionados a partir de discussões públicas.

O estudo direcionado da lei-quadro de política criminal portuguesa aponta soluções interessantes, pois possui a mesma intencionalidade que a pretendida pelo trabalho: uma lei que oriente os agentes do sistema penal a aplicar a principiológica constitucional na melhor efetivação e proteção dos direitos fundamentais. No entanto, as críticas direcionadas à lei também apontam pela insuficiência em contemplar todo o arcabouço que a dogmática constrói para a política criminal contemplar.

Há ainda o desafio de encarar a realidade brasileira em contraste com a realidade portuguesa. Os desafios político-sociais da colônia se mostram mais severos que os da metrópole, e é sabido que quanto mais complexo o problema, mais complexa sua solução.

Uma lei brasileira nesse teor teria que, antes de qualquer empreendimento inovador, derrubar as estruturas que compõem, hoje, a política criminal brasileira. Inquisitorial, racista, e direcionada a neutralizar a população pobre, como já fizera em outros momentos da história, a política criminal do século XXI no Brasil não deixou de reproduzir as ideias e valores da tradição escravocrata brasileira, impondo grave contradição e grande desafio para os que buscam a vigência da ordem constitucional.

O próximo e derradeiro capítulo busca entender a política criminal material do Brasil nos anos que se seguiram a Constituição de 1988, popularizada como guerra às drogas, elencando suas bases ideológicas, político criminais, processuais e de direito penal material. Destrinchar a guerra às drogas e suas dimensões de violação constitucional é o primeiro passo para identificar quais serão os obstáculos de uma política criminal de transição rumo à adequação constitucional.

4. A *práxis* dos agentes do sistema penal brasileiro no período neoliberal e suas violações ao projeto Constitucional

O período neoliberal brasileiro, que começa a partir dos anos 90 e vigora até o presente, em variações nos graus de intensidade, não viu mudanças estruturais na histórica segregação racial e autoritarismo. Apesar da Constituição de 1988 prever a igualdade formal e material entre seus cidadãos, com um rol extenso de direitos fundamentais, sociais e políticos, negros e pobres brasileiros ainda não se encontram definitivamente inclusos na sociedade.

O papel da política criminal na perpetuação da segregação, nesse momento histórico-político, se mostra fundamental, uma vez que as leis de segregação civis como de terras e imigrações estão abolidas, e não passariam pelo crivo de qualquer análise constitucional devidamente fundamentada. Não obstante, a não recepção da política criminal, por ser o mesmo conjunto de princípios que orienta a Constituição, é a seara que sobrevive juridicamente à redemocratização, nas esferas infraconstitucionais, nas jurisprudências e nas práticas de juízes e policiais.

Paralela à Constituição, surge, também, a guerra às drogas, fundada em uma outra principiologia. Essa política criminal possui os mesmos traços psicológicos do desejo – e do fomento do desejo –, pela proteção dos riscos e a instituição de um medo coletivo generalizado, em diálogo com a tradição racista da sociedade brasileira que coloca o jovem pobre e negro na mira das agências que compõem o sistema penal.

Resta estabelecer uma comparação entre teoria e *práxis*, de forma que possamos aprofundar a discussão entre os dois conceitos, analisando uma aferição sobre a teoria que orienta a *práxis* é a teoria que deveria estar exercendo o papel. Por isso, estudamos o papel da atividade policial na guerra às drogas, em especial, sua função entre a prisão em flagrante e a valoração de seu testemunho em julgamento. Também é objeto de estudo o papel do juiz na prestação jurisdicional da guerra às drogas, para então, se estudar quais os fundamentos teóricos e político-ideológicos dessa atuação. Além disso, estuda-se a Ideologia de Defesa Social e as bases que compõem tal pensamento na realidade brasileira.

O presente e derradeiro capítulo se apoia no debate das violações de direitos humanos e fundamentais promovidos pelo Estado brasileiro, por meio de sua política

criminal, na vigência da Constituição Cidadã. Por fim, busca entender os limites da constitucionalidade diante de uma tradição autoritária e racista centenária e quais deveriam ser os próximos passos, a nível de política criminal, rumo a eficácia dos direitos fundamentais.

4.1 A violação sistemática do processo penal para garantir a política do superencarceramento

Uma política criminal que viola sistematicamente as garantias processuais constitucionais também podem ser observadas como uma política criminal que conduz à violação sistemática dos elementos do processo penal acusatório – a opção Constitucional – em detrimento de práticas inquisitoriais.

As características inquisitoriais sejam objetivas (como o uso da prisão processual), ou sejam subjetivas (como a seleção e estigmatização do inimigo, dos discursos do bem contra o mal), são muito mais adequados ao Estado Penal construído contra à classe trabalhadora, do que um sistema processual penal acusatório, livre das finalísticas punitivas da inquisitoriedade.

No entanto, a realidade brasileira está longe de apresentar um processo penal acusatório. O que se observa é um processo penal inquisitório, pois vale dos instrumentos próprios da inquisição na seleção do inimigo e no atropelo dos meios para a consagração do fim condenatório. Vale ressaltar a consequência material da seleção do inimigo: a política criminal da guerra às drogas gerou um aumento na taxa de encarceramento em mais de 150% entre 2000 e 2017 (INFOPEN. 2019, p. 12), em um panorama de déficit de vagas na ordem de 303.112 (INFOPEN. 2019, p. 22). Tal aumento teve um auxílio substancial de presos provisórios, que hoje compõem 33,29% (INFOPEN. 2019, p. 14). Sendo possível extrair indícios de uma política criminal apressada, que faz o Estado prender mais do que consegue; e de uma política criminal de urgência, que se vale da antecipação da tutela penal, ancorada na prisão provisória.

No que tange à população carcerária, é possível traçar o alvo do sistema penal, e consequentemente, da guerra às drogas brasileira. Os jovens de até 29 anos são 54% do perfil prisional (INFOPEN. 2019, p. 30), para além disso, cabe observar que pretos e pardos compõem 63,6% da população prisional, com o destaque para a observação do INFOPEN (2019, p. 32) da super-representação da população negra – que representa 55,4% da

população brasileira. Há ainda o dado da escolaridade para se analisar, com a população prisional sendo composta por 51,3% dos presos sem o ensino fundamental completo e 7,2% de analfabetos (INFOPEN. 2019, p. 34).

Por fim, para concretizar a política criminal da guerra às drogas, aproximadamente 30% dos presos que compunham o sistema penitenciário em 2017, provisório ou condenado, o estava pelos três crimes⁶⁵ da lei de drogas como observado na análise do INFOPEN (2019, p. 45).

Diante de todo o universo de tipos penais na legislação penal brasileira, num horizonte de centenas de crimes, 30% das prisões serem feitas por um universo de 3 crimes relacionados à uma conduta *quid pro quo*, sem uma vida concreta, demonstra a opção, a renúncia do Estado brasileiro em combate a criminalidade realmente severa para apertar os aparatos judiciais contra o jovem negro, de baixa escolaridade, preso pela lei de drogas.

O trabalho desse capítulo é destrinchar, dentro do processo penal, as responsabilidades das polícias e dos juízes na consolidação da política criminal da guerra às drogas no Brasil. Entender como o processo penal brasileiro funciona na vida real é a primeira tarefa para traçar os caminhos para muda-lo rumo a sua eficácia constitucional.

4.1.1 VALOIS e o Direito Penal da Guerra às Drogas: o papel da polícia na política criminal brasileira

VALOIS (2019) estuda o inquérito policial, especificamente, a prisão em flagrante. É nesse período da atividade policial que se forma um conjunto de testemunhos e fatos quase imutáveis futuramente, quando a pessoa presa pela polícia puder estar na frente de um juiz (VALOIS. 2019, p. 331).

O autor estabelece a diferença entre arbitrariedade e discricionariedade da atividade policial nesse contexto:

Seria um poder arbitrário se o policial pudesse escolher entre entrar em uma mansão dos Jardins, em São Paulo, ou em um apartamento na Vieira Souto, no Rio de Janeiro, ao invés de em uma casa pobre, mas ele não pode. Ou ao menos

⁶⁵ Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.386/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06); Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e art. 35 da Lei 11.343/06) e Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.386/76 e art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)

não pode da forma como entra nos barracos da periferia (VALOIS. 2019, p. 330).

Há discricionariedade porque a atividade policial tem um alvo preferencial: os pobres e negros. A pesquisa do autor aponta as circunstâncias com as quais se ocupa a polícia de drogas brasileira, no momento da prisão em flagrante.

Antes de entender as circunstâncias do inquérito policial e a política de drogas brasileira, o autor busca entender a gênese da política de guerra às drogas e vai de encontro ao projeto estadunidense da construção de um regime internacional de combate às drogas. O momento histórico da Constituinte coincide com o período de ampliação global do modelo de guerra às drogas pelos EUA, sendo 1988, também o ano da conclusão da Convenção de Viena, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, instituindo assim o modelo punitivo como o modelo a ser adotado internacionalmente⁶⁶. VALOIS (2019, p. 445) destaca que, à altura da Constituinte, o Brasil estava efetivamente colonizado, americanizado, em relação à guerra às drogas.

A contribuição de VALOIS para o debate inclui sua análise da aderência da guerra às drogas pelos agentes do sistema penal como um princípio (2019, p. 423). O esforço começa na criminalização primária, na criação de um tipo mais abstrato possível para o crime de tráfico, com o objetivo final de retirar a obrigação de comprovação de dolo para a caracterização do crime⁶⁷, além de ampliar o exercício de poder penal:

O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração e condenação, em nome da guerra às drogas, não só relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou ao máximo os verbos do crime de tráfico de drogas, tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita (VALOIS. 2019, p. 424)

⁶⁶ VALOIS (2019, p. 293) destaca, ainda, que as regras internacionais, se mostraram, ao longo do tempo, totalmente irrelevantes, muito em razão de o país que mais insistiu para a aprovação dessas normas, não as respeitava sistematicamente. O autor (2019, p. 294) conclui no sentido de que a norma internacional tem uma função colonizadora de impedir a comunidade internacional debater um outro modelo de trato das drogas que não seja o modelo da guerra.

⁶⁷ Esse intento tem um reflexo histórico, segundo VALOIS (2019, p. 184 e 423), que remonta à Convenção de Genebra, de 1936, e a militância estadunidense à época para expandir seu modelo de guerra às drogas, sendo para isso, necessário um tipo penal que não respeitasse o princípio da legalidade, desrespeitando as regras quanto à clareza e objetividade da descrição da conduta.

Cabe ressaltar que a Constituição de 1988, longe da perfeição, prevê o tráfico ilícito de entorpecentes como crime, e, imbuída do momento político internacional de guerra às drogas, o torna um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLVIII). O crime, junto com tortura e terrorismo, é equiparado à categoria de crime hediondo, prevista na lei 8.072/90.

VALOIS (2019, p. 448) entende a lei de crimes hediondos como a renúncia da ciência penal pelo legislador:

Quando o legislador constituinte criou a figura do crime hediondo e o equiparou ao tráfico de drogas para tornar a pena desse delito mais rigorosa, não permitiu que o legislador ordinário abandonasse por completo a técnica legislativa, para fazer vir ao mundo um crime sem definição legal, sem bem jurídico a ser protegido, sem resultado material.

VALOIS, então, aponta que há a instrumentalização do direito pelos interesses políticos no âmbito da guerra às drogas. Ao retirar da natureza jurídica de limitador do poder punitivo do tipo penal, ao criar o tipo penal de tráfico de drogas, com as características apontadas, há o uso do direito penal como medida de polícia (2019, p. 425), ou seja, de ampliação do exercício do poder punitivo.

Já o papel do judiciário na guerra às drogas tem sido, segundo VALOIS (2019, p. 423), complementar; relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate as drogas. Atestando que, enquanto o Legislativo viola os princípios da legalidade, na atividade parlamentar, o Judiciário viola os demais princípios, para agir como “verdadeiro aliado da polícia de drogas” (VALOIS. 2019, p. 423).

O argumento central do autor reside na estigmatização do cidadão processado pela lei de drogas e na autonomia da palavra do policial que realizou a prisão em flagrante de conseguir uma condenação que não altere sua versão:

Quando uma pessoa chega ao judiciário indiciada como autora da prática do crime do art. 33 da Lei de Drogas, ela não é mais uma simples acusada, após a denúncia não é uma simples ré, mas passa a ser um *traficante*, independentemente da conduta atribuída entre aquelas tantas do artigo de lei citado. A força da palavra policial não se reflete apenas na importância atribuída pelo judiciário, mas contamina desde os corredores do fórum até as partes do processo (VALOIS. 2019, p. 461).

A polícia, o policiamento de rua, é o responsável no Brasil por determinar quem é o traficante, o alvo do estigma, da lei de drogas, e do encarceramento. O processo penal torna-se mero instrumento, uma inquisição que legitima a etiqueta já colocada no réu, na rua, pela polícia, antes do processo.

O processo penal teatralizado não exerce suas funções constitucionais. Ao buscar a celebração do princípio acusatório, a produção de prova a partir do contraditório entre as partes, ou o *in dubio pro reo*, pelo contrário, é o local onde se repete o que foi documentado pela polícia:

Diz-se teatro porque a produção em massa de prisões relacionadas às drogas não permite que o policial, por ocasião da audiência, lembre-se de todos os envolvidos e das circunstâncias da prisão, fazendo muitos deles terem que ler previamente o boletim de ocorrência arquivado na polícia ou chegarem algumas horas antes no fórum “para ler o processo e lembrar o que ocorreu” (VALOIS. 2019, p. 463)

O policial, dono de todo o enredo da prisão, que lavrou o documento da prisão em flagrante, na posição jurídica de testemunha do processo, é o responsável material pela prisão. Por isso, diz-se que a atuação do judiciário é uma atuação auxiliar, apoiando a atividade policial pelo pensamento jurídico, tornando a defesa de alguém acusado de tráfico de drogas quase impossível (VALOIS. 2019, p. 465).

Institui-se, portanto, um verdadeiro modelo inquisitorial a partir da atividade policial para a execução da política criminal da guerra às drogas. A implementação de um estado de guerra geral, importado dos EUA, no curso do período de redemocratização, com o tráfico de entorpecentes previsto na Constituição como crime hediondo.

Embora importada, a política de guerra às drogas serviu como uma luva para os operadores do sistema penal brasileiro. A tradição escravista, inquisitorial e autoritária que pesa sobre os ombros do país soube operar de forma a simplificar ao máximo o processo de encarceramento e fez com que o Brasil se juntasse aos EUA entre os países que mais encarceram no mundo.

4.1.2 SEMER e o papel do juiz na política criminal da guerra às drogas

O papel do juiz na guerra às drogas, destacado por VALOIS (2019) como complementar, diante do poderio probatório material do depoimento do policial, é objeto de análise mais aprofundada por SEMER (2019). O autor analisa como os juízes se comportam diante de acusações por tráfico, observando o impacto político criminal da guerra às drogas na atuação do juiz.

SEMER (2019, p. 63) destaca diferentes movimentos na prestação jurisdicional entre os países da *common law* e *civil law* e o que tange a adoção da guerra às drogas e do superencarceramento como diretrizes criminais:

Especificamente, a construção de paradigmas para a aplicação da pena e o conjunto de medidas que vitaminaram as altíssimas sanções: o *minimum mandatory system*, *a truth in sentence*, *o three strikes and you're out*, mudanças que acabam por aproximar a fixação da pena aos ordenamentos de *civil law*. Nosso enfoque é o reverso: o quanto a discricionariedade do juiz, a despeito da lei, pode influir no grande encarceramento.

No que tange ao aumento da discricionariedade do juiz, SEMER (2019, p. 64) aponta a Reforma do Judiciário de 2004 como ponto de referência para a superação de um passado de encolhimento e submissão e para projetar uma maior responsabilidade sobre os juízes, inclusive quanto ao encarceramento.

SEMER (2019, p. 132) aponta a dupla força que mantém a potência do poder penal brasileiro e seu apego atávico ao autoritarismo:

a-) O inadimplemento das garantias prometidas (o atraso que convive com o moderno); b-) o gradual recrudescimento da legislação sob as ondas populistas e punitivas (o pós-moderno regressivo). Não só não houve uma efetiva interrupção das violências estruturais, como se agregam mecanismos que reforçam o poder e esgarçam os limites a um estado policial

Acompanhando o rito processual penal, o trabalho dissecou as críticas de SEMER (2019) quanto ao impacto da atuação material do judiciário brasileiro no curso da guerra às drogas. Em um primeiro momento, o autor destaca que o “tráfico de drogas, de outro lado, é um crime que impõe prisão cautelar” (SEMER. 2019, p. 280).

Em sua pesquisa, SEMER (2019, p. 281 e 282) aponta que em 89,86% dos casos, as prisões em flagrante foram convertidas em preventiva; em 2,22% houve decretação da prisão preventiva sem flagrante, não havendo registro de prisão para apenas 7,92% dos casos; o autor ainda destaca que houve a concessão de liberdade provisória em apenas 27,22%.

Com aproximadamente 33% da população encarcerada composta por presos provisórios (INFOPEN. 2019, p. 14), a lei de drogas é responsável por muitas dessas prisões, logo o Brasil encara um problema de excesso de prisão provisória. Entretanto, não é possível se falar em atraso, ou da violação histórico-sistemática do processo penal, visto que alguma espécie de compulsoriedade na prisão provisória só é afastada do sistema brasileiro definitivamente em 2011, na lei 12.403/11, não só estabelecendo mecanismos alternativos à prisão provisória, como exigindo decisão fundamentada para a conversão da prisão em flagrante, bem como ainda determinando sua revisão periódica (SEMER. 2019, p. 134).

SEMER (2019, p. 134) destaca que a alteração imposta ao CPP pela referida lei tinha como finalidade – revelada na exposição de motivos – reduzir a aplicação do aprisionamento cautelar, por intermédio da criação de um cardápio de alternativas a ele.

A mudança legislativa não produziu efeitos materiais no que buscou resolver. Pelo contrário, diante do pânico moral produzido pela guerra às drogas, estigmatiza o acusado de tráfico, tornando-o inimigo a ser combatido pelo juiz:

E aí, o que se apura é que pouca diferença faz a situação concreta para a maioria das sentenças. O que significa dizer que se tratar de réu primário, cometer o crime sozinho, ou não responder por nenhum outro crime não é assim tão relevante. Ser flagrado na posse de um volume relativamente pequeno da droga ou estar desarmado, tampouco. Enfim, o tráfico de drogas é algo tão perigoso socialmente, tão fundante da criminalidade organizada, tão nocivo às famílias, ao trabalho, à sociedade, ao mundo, e o traficante um ser tão pessoalmente desprezível, de personalidade desvirtuada e praticante e estimulador dos atos que mais constroem à sociedade – que o aprisionamento cautelar e definitivo se apresentam absolutamente indispensáveis. Como se fora esta uma providência urgente, necessária e de salvaguarda do tecido social (SEMER. 2019, p. 305)

O autor explica a adesão ao autoritarismo por parte dos juízes pelo conceito de pânico moral. As características do processo coletivo que contribuem para a reprodução de valores inquisitoriais são o alarde a desproporção, o perigo iminente que ameaça a

sociedade, a estereotipação do inimigo público (*folk devil*), a necessidade imperiosa de providências que possam minorar os efeitos maléficos, o enrijecimento das agências de controle e a amplificação do desvio (SEMER. 2019, p. 305).

Essa categoria corrobora para uma explicação estrutural. O Brasil dá seus primeiros passos rumo à democratização de sua sociedade em 1988, isso significa que a prática judiciária nunca foi democrática. Em um curso inerte, a Constituição é a ‘intrusa’ da história brasileira. “Não abandonamos o devido processo legal; é o caso de nos perguntarmos se chegamos efetivamente a exercitá-lo” (SEMER. 2019, p. 141).

Coerente a tal legado histórico, instaura-se a guerra às drogas com uma finalidade carcerária: o etiquetamento e prisão de jovens de baixa escolaridade, pobres, negros, de réu primário, por porte de pequena quantidade de droga (SEMER. 2019, p. 304). A política criminal, que recebe aderência na prática do judiciário, reproduz, no Brasil, um processo penal inquisitorial, ancorado na inversão do ônus da prova e na presunção de veracidade do depoimento policial em sede de julgamento (SEMER. 2019, p. 215).

Essa prática judicial não ia escapar da conexão histórica. SEMER (2019, p. 219) destaca que o STF, durante a ditadura militar, estabeleceu jurisprudências que visavam manter condenações a partir das confissões de delegacia, o que legitimou a tortura dos porões:

A valorização da confissão policial é outro legado autoritário que se vincula intimamente com a permanência da tortura e a omissão judicial. Um processo que se sustenta pela fase inquisitorial permanece tratando o réu como um objeto da persecução penal, não propriamente um sujeito pleno de direitos. Essa vinculação, que perpassa a confiança (a credibilidade quase irrestrita), se projeta na identidade (o policial como agente imparcial) e praticamente atinge a delegação de funções (valorização dos elementos colhidos no inquérito), entre juiz e agentes policiais, diminui as possibilidades de crítica, de fiscalização, seja do conteúdo da prova, seja quanto a eventuais violências praticadas. A idoneidade é a premissa que sustenta a maior parte destes processos, razão porque as denúncias de irregularidades são constantemente desprezadas (SEMER. 2019, p. 220)

A finalidade processual penal nesse modelo não poderia ser outra e a busca da verdade real funciona como uma espécie de caça ao tesouro da prova condenatória. As sentenças analisadas pelo autor valerão do testemunho policial como a própria medida da validade da prova, sendo o método de livre manejo dos elementos probatórios, que não limita, segundo o autor, o puro decisionismo (SEMER. 2019, p. 220).

O poder punitivo estatal brasileiro ainda se manifesta em sua amplitude, em destaque para SEMER (2019, p. 221), onde o autor demonstra que, enquanto os elementos do inquérito podem receber peso probatório, as ilicitudes praticadas no inquérito policial não são capazes de contaminar o processo penal. O inquérito, detentor da verdade real na análise da conduta do réu, vira uma mera peça informativa endereçada ao Ministério Público na análise da conduta do Estado.

Está posto o arcabouço processual penal da guerra às drogas brasileira. Um processo penal inquisitorial, que se fundamenta no inquérito policial, enquanto legitima suas violências e viola direitos. O papel do judiciário em reproduzir os estigmas sociais em torno dos alvos da guerra às drogas, para além da prática processual comentada, também exerce um papel importante na estruturação de um sistema inquisitorial:

O que está em julgamento em cada caso não é propriamente a personalidade distorcida do réu – mas do réu de tráfico de drogas; não é ganância deste agente, mas dos réus desse tipo de uma forma geral; as perspectivas de ressocialização não são balizadas de acordo com antecedentes do réu, mas de uma figura socialmente construída, o *traficante* – a representação do *folk devil* cujo convívio social deve ser evitado a qualquer custo. Inovações legais, supressões de direito, privilégio da exceção. Quando se alarma, os mecanismos coercitivos, como previa Stuart Hall, não apenas são impostos, como inclusive reclamados

A seleção de um inimigo, generalizado e abstrato, para se combater, é estratégia histórica da inquisitorialidade (cf. Cap 1). É a partir de tal generalização que começa a síntese da análise de SEMER (2019, p. 314 e 315) sobre padrões da atuação judicial brasileira, sendo que o conjunto de sentenças mostra tanto no número de condenações, quanto na construção de um “jogo de resultado esperado”, o desequilíbrio entre as versões da acusação e da defesa. O estigma se expressa nas condenações e na padronização das condenações.

O autor destaca que o espaço da ordem é muito mais presente do que o espaço da lei (2019, p. 315). Descarta a disputa epistêmica da realidade dos tribunais, salientando que não há ativismo judicial por parte dos juízes, uma vez que é mais fácil encontrar decisões que desobedeçam jurisprudências de tribunais superiores que aplicaram princípios constitucionais, como também não há adoção ao legalismo, uma vez que há “lastro quase nenhum no formalismo, como o estilhaçamento da presunção de inocência

e o pouco cuidado com o trato da legalidade da prova, além da predominância do senso comum sobre o arcabouço doutrinário” (SEMER. 2019, p. 315).

À reprodução do senso comum, o autor aponta para outra característica da atuação judicial, que é a busca da verdade como contrafação da realidade (2019, p. 315). O processo de falsificação do real para caber nos anseios condenatórios do juiz acarreta não só no afastamento do direito, mas de outros conhecimentos científicos, como na análise equivocada de gravidade de drogas, ou formas de consumo, sendo especificamente em matéria político criminal proposições “muito pouco verificáveis, como o efeito dissuasório da pena, tratado como regra inabalável e que justifica a escolha e aplicação das medidas cautelares e das sanções criminais” (SEMER. 2019, p. 315).

Há, também, nessa matéria, a ficção jurídica construída em torno da imagem do policial representada sempre como a mesma figura formal e abstrata, impoluta e diligente, cumpridora de suas funções protetivas, salvo prova robusta em contrário (SEMER. 2019, p. 315). Duas camadas de legitimação cobrem a atividade policial em sede judicial: a crença inabalável na sua palavra, o policial, funcionário público; e a crença inabalável na mentira do réu, estigmatizado como o traficante, o inimigo.

Por fim, esse sistema de crenças indica que a autoridade do juiz se submete a uma lógica que subverte suas funções, mas que não acaba em uma ditadura do Judiciário. Pelo contrário, ao abrir mão da garantia dos direitos fundamentais e aderir a um processo baseado na presunção de culpa, na busca sem limites da verdade real, que seja o “repositório dos anseios populares”, a existência do juiz nessas condições é “claramente dispensável” (SEMER. 2019, p. 316).

O esvaziamento (SEMER. 2019, p. 316) do poder dos juízes compete papel importante na reprodução da guerra às drogas, uma vez que o Judiciário é o último obstáculo na expansão do sistema penal, no controle e fiscalização tanto das violências praticadas pelo Estado até o processo, quanto na garantia de que o cidadão submetido ao processo penal terá seus direitos preservados no seu decurso. Duas preocupações, que justamente, são afastadas da prática dos juízes, ao presumir a culpa do réu e a idoneidade do depoimento policial.

O contributo de SEMER (2019) para o debate demonstra que é possível reproduzir um imensurável legado autoritário, criando um processo penal de características

inquisitoriais, na vigência de novas leis que se colocam para romper com essa tradição. O juiz brasileiro precisa se afastar do papel de mantenedor da ordem e aderir o papel de garantidor da lei (SEMER. 2019, p. 318)

A política criminal brasileira da guerra às drogas tem como característica não ser a política que inaugura o autoritarismo inquisitorial e racista no Brasil, mas ser a política criminal que reproduz esse autoritarismo no período, em tese, mais democrático do país. Nesse sentido, os elementos que compõem a política criminal – como se editam as leis criminais, como a polícia realiza as prisões, como o judiciário aprecia as acusações, enfim, como é realizada a seleção penal pelo Estado – merecem destaque, não pela natureza inovadora e na criação de complexas tecnologias de repressão, mas por se basear no sistema de repressão mais arcaico e escravista possível: o policial de rua que pratica uma prisão em flagrante de um jovem pobre. Tal situação estampada no dia-a-dia do brasileiro, por mais banal e livre de fiscalizações, formalidades e garantias, recebe todo o crédito do judiciário em termos estruturais, a ponto de ser esse o grande pilar de sustentação da política criminal brasileira, e conseqüentemente, do superencarceramento brasileiro.

4.2 As explicações político-criminais para a guerra às drogas

Adotando a perspectiva de MARTY (1992, p. 30), na qual balizar o território da política criminal é localizar as correntes ideológicas que podem influenciá-la, o trabalho busca quais são os elementos ideológicos que dão sustentação para a política criminal brasileira da guerra às drogas.

Dadas algumas formas com que se perpetuam as violações do processo penal constitucional brasileiro, precisa-se delimitar os caminhos ideológicos que fundamentam essas violações, com teoria, valores e princípios. CARVALHO (2016, p. 82) parte da hipótese que a base ideológica que fundamenta a política criminal de drogas brasileira “se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia de Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)”.

A ideologia de defesa social, segundo CARVALHO (2016, p. 87):

Ainda fornece os signos de interpretação do crime, do criminoso e da pena na atualidade, em decorrência de sua capacidade de reprodução e de capilarização

na opinião pública, fato que desencadeia constante aprofundamento das violências nas práticas punitivas

A ideologia, que remonta as origens do capitalismo e dos processos de codificação da sociedade burguesa, atravessa a realidade interna do sistema penal, fundando o senso comum do homem de rua (*every day theories*). BARATTA (2013, p. 42) destaca a principiologia da IDS:

- a) Princípio da legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. o desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. a pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.
- e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais)

Essa principiologia orienta a ideologia de defesa social a uma concepção abstrata e aistórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses (BARATTA. 2013, p. 47). Nessas bases, a ideologia de defesa social, ou do “fim” (BARATTA. 2013, p. 41), vai se pautar na (auto)legitimação do sistema repressivo, sustentando a ideia de poder racionalizador, cujo escopo é a “tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogênea” (CARVALHO. 2016, p. 87).

Ao se basear nas noções de bem e mal, de interesse social, e do uso do sistema penal como instrumento de prevenção do crime, CARVALHO (2016, p. 88) indica a

instrumentalização dos aparelhos repressivos, pela IDS, para a sua atuação letal, estabelecendo oposição a lógica da proteção dos direitos fundamentais e assim mantendo a estrutura hierarquizada e seletiva do sistema de controle social.

Ambas as correntes ideológicas passam por uma agregação, nesse contexto histórico, e terão atuação político-criminal complementar, pois

estabelece pauta rigorosa de combate à criminalidade comum, ou seja, se diversa a principiologia fundante, definindo categorias autônomas na identificação do seu próprio adversário, na harmonização conformarão campo de ação conjunto (CARVALHO. 2016, p. 92)

A Ideologia de Segurança Nacional representa o contorno dado pela geopolítica latino-americano para a questão político criminal brasileira. Própria dos regimes ditatoriais militarizados que tomaram a América Latina de assalto no séc. XX, a ISN tem como princípio básico a seleção do inimigo político como aquele a ser combatido e neutralizado (CARVALHO. 2016, p. 92).

A bipolarização política, derivada da conjuntura do período da guerra fria, estabelece um “outro” a ser eliminado, um outro político. Se na IDS, o inimigo gerado a partir do confronto entre cidadãos, cumpridores e não cumpridores da lei, na ISN o conflito é entre nações e grupos políticos (CARVALHO. 2016, p. 93).

Nos países, como o Brasil, que estiveram sob a ISN aplicada em um Estado de exceção como o da Ditadura Civil-Militar, CARVALHO (2016, p. 94) contata que a existência de inimigos externos se alia ao medo dos dissidentes internos, na forma dos criminosos políticos.

Adotada a categoria do criminoso político como o representante interno do inimigo externa, o criminoso político será alvo da sanção neutralizadora (CARVALHO. 2016, p. 94). Essa sanção é a forma encontrada para a manutenção do “corpo sadio” da sociedade frente à ameaça política, afinal, trata-se da relação com um inimigo. Aqui, reside uma diferença fundamental entre a IDS e a ISN: enquanto a ISN tem essa postura neutralizadora, a IDS adota, em relação ao criminoso, a tentativa da ressocialização.

A ISN, no Brasil, é responsável por fundamentar uma lógica de guerra permanente. A consolidação da lógica militar nas estruturas formais de segurança pública,

a partir da ditadura civil-militar, é altamente capilarizada nas instituições e torna o agente de segurança pública “afeito à constante violação da legalidade” (CARVALHO. 2016, p. 95). Ao mesmo tempo, a sustentação dessa lógica bélica dentro da segurança pública brasileira permite com que a violência estatal seja banalizada, expandindo o alcance do poder punitivo para além dos limites do Estado de direito.

Assim, pela violência estatal formada a partir da militarização das forças de segurança, se forma um sistema penal voltado para a neutralização e eliminação do inimigo:

A potencialidade transnacional e a lógica maniqueísta de ambas as estruturas ideológicas propiciarão que ocorra esta fusão de horizontes punitivos, estabelecendo estado de guerra total e permanente do sistema penal contra o crime (comum e/ou político). A função deste (super)modelo ideologizado de controle social é, nitidamente, a eliminação do crime/criminoso através da coação direta das agências repressivas (CARVALHO. 2016, p. 92).

O Movimento Lei e Ordem é a última tendência analisada por CARVALHO (2016, p. 92) em sua caracterização político-ideológica da política criminal brasileira da guerra às drogas. O movimento, que tem origem na direita punitiva estadunidense da década de 1960, se posiciona historicamente como de resistência à contracultura e de salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristãos da sociedade ocidental (CARVALHO. 2016, p. 97).

De tendência expansivista, o MLO prega um direito penal de tendência maximalista, sendo o único braço estatal capaz de combater o problema da sempre crescente criminalidade. Para produzir essa ideologia, cria-se um imaginário:

Instrumentalizado pela mídia, transmite ao senso comum do homem da rua (*every day theory*) estado de perigo constante e iminente, apenas excluído pela atuação profilática dos aparatos do Estado penal. Desta maneira, veem na ampliação do espectro punitivo, na flexibilização das regras processuais e na implementação de penalidades severas o instrumento eficaz para conter a ação dos criminosos que ousam desprezeitar a harmonia social (CARVALHO. 2016, p. 97).

Esse imaginário é alimentado pela mídia, que, também exercendo sua função de agente do sistema penal, explora o MLO, legitimando a atuação do sistema penal, conferindo o lastro às instituições penais de combatentes da criminalidade:

A comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a prisão – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves (“delitos naturais”) tais como homicídios, estupros, etc., quando, na verdade, a grande maioria dos prisioneiros são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos (delitos burdos contra a propriedade e o pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a obra tosca da criminalidade) (ZAFFARONI, et. al. 2011, p. 47).

A imprensa se torna o principal veículo do MLO para a produção do consenso sobre o crime, a criminalidade e a necessidade de incremento constante das penas (CARVALHO. 2016, p. 98). Responsável não só pela legitimação do sistema penal como o combate do crime, como também pela colaboração na seleção e estigmatização dos indivíduos que são o público-alvo do sistema penal.

A produção de estereótipos permite a orientação da seletividade de acordo com a imagem dos delinquentes que é fabricada pela mídia, sendo o alvo desse estigma criminoso o mesmo indivíduo, isto é, homem, jovem, negro e pobre, que o recebe desde o fim da escravidão. CARVALHO (2016, p. 100) destaca, por fim, que no plano interno, da conjuntura nacional, os MLO produzem efeitos irreversíveis no tecido social, fundamentalmente com a proliferação do pânico moral e a divulgação de medos.

Das três ideologias analisadas é possível extrair uma lição de complementariedade. Fundamentadas no expansionismo do sistema penal, no abuso da autoridade e na oposição à doutrina dos direitos fundamentais, as três ideologias compõem um espectro político autoritário no que tange à condução do sistema penal. A IDS, por ter a característica, destacada por BARATTA (2013, p. 43), de conformadora dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno ocidental⁶⁸, é aderida pelos movimentos da defesa social e também pelos MLOs. O Brasil se contamina, ainda, tangencialmente, pela ISN, visto sua experiência militarizada no século XX.

⁶⁸ Baratta (2018, p. 46) destaca ainda, a importância da coalização do direito com as outras ciências que estudam o fenômeno criminal, na busca pela efetivação de uma ciência penal integrada que faça questionar as bases da ideologia de defesa social e sua operação no sistema penal: “O encontro com a mais avançada criminologia e teoria social da criminalidade teria conduzido o pensamento penalista, se não a uma superação, pelo menos a uma atitude crítica em face do conceito de defesa social. Mas esse encontro não se realizou ainda. Por isso, podemos dizer que um novo modelo de ciência penal integrada ainda não surgiu, depois da crise da Escola positiva e da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, nem existe, ainda, em realidade, uma verdadeira interação entre expoentes da dogmática do delito e da teoria sociológica da criminalidade, ainda que se assinalem, sempre crescentemente, em quase todos os países europeus, esforços voltados a suscitar esta interação, a reconstruir um novo modelo de ciência penal integrada.

O conjunto das três ideologias, tão complementares, acarreta na fusão dos horizontes de punitividade, sendo fundamental para a análise não se excluir nenhuma das ideologias, pois sua integração consolida a política criminal latino-americana, principalmente aquela relativa à política de repressão das drogas (CARVALHO. 2016, p. 102).

CARVALHO (2016, p. 102) conclui, por fim, que é possível extrair um modelo político-criminal superpositivista de combate à criminalidade cujo efeito, através do uso propagandístico fornecido pelo *mass media* sensacionalistas, é a potencialização do princípio do bem e do mal na cisão da sociedade entre criminosos e não criminosos.

Conclusões

A política criminal brasileira é reflexo das tradições de práticas da formação do Estado brasileiro, ou melhor, um acúmulo dessas práticas. A formação do Brasil, cunhada à ferro e fogo sob as bases da escravidão, do saque e da exploração, foi balizada pela instrumentalização do sistema penal para a garantia de suas finalidades discriminatórias e racistas. Assim, em processo penal, configura-se uma tradição inquisitorial, com o estigma, com a perseguição e com a neutralização do inimigo que fundamenta a violação do devido processo legal previsto na Constituição. Enquanto a política criminal da conta da produção do estigma e de selecionar quais serão não só o público-alvo do sistema penal, mas também, e conforme a adaptação temporal, quais serão os instrumentos das ciências criminais mais adequados à guerra às drogas, que se torna o princípio da condução da política criminal.

A centralidade do princípio da guerra às drogas produz uma sequência de funcionamento: 1) institui-se a guerra permanente: o sistema deve estar em constante expansão. A guerra não tem fim; 2) O inimigo da guerra, o traficante, o mal, deve ser neutralizado a todo custo; 3) Concede-se ao Estado e seu aparato punitivo, o bem, o direito material de violar suas próprias leis para atingir as metas de neutralização do mal. 4) O sistema penal passa a se orientar a partir do que é mais eficiente para o encarceramento do traficante.

Nesse ponto reside o produto da fusão dos horizontes punitivos, do encontro entre Ideologia de Defesa Social, Movimento de Lei e Ordem e da Doutrina da Segurança

Nacional. O princípio da guerra às drogas se baseia nas noções militares de eliminação do inimigo e guerra permanente da ISN, na divisão entre bem e mal e proteção do cidadão de bem da IDS e do recrudescimento do aparato penal como solução para a criminalidade.

Reside também a ancoragem das práticas destacadas no capítulo, do papel geral de policiais e juízes nessa política criminal. O policial, responsável pela prisão em flagrante, é o baluarte da verdade no curso de todo o processo, mesmo diante de circunstâncias que não são as melhores, como colher um testemunho meses após a prisão, é a palavra do policial que servirá para fundamentar o juiz de sua sentença.

Por sua vez, O juiz tem sua atividade jurisdicional esvaziada para o cumprimento cego, não da ordem do policial, mas da lógica da guerra às drogas, cede às pressões, abre mão de sua atuação contramajoritária na defesa dos valores constitucionais, por estar mais próximo do senso comum que reproduz às ideologias-núcleo da política do que da doutrina e jurisprudência constitucional.

Resta nítido o contraste da principiologia que fundamenta a política criminal praticada pelo Brasil e a principiologia constitucional que ordena o país a conduzir seu sistema penal em outra direção, a direção apontada no capítulo três do trabalho. A guerra às drogas produz um Estado permanente de violação constitucional, no entanto, no curso histórico do Brasil, ambas são contemporâneas de um período contraditório: a redemocratização de um Brasil que nunca fora democrático.

Coincidência histórica, ou não, esse período é responsável por produzir uma normatividade constitucional com alto teor acusatório e garantista, buscando efetivar uma relação cidadã do Estado com seus administrados. Por outro lado, esse mesmo Estado, nesse mesmo período, começa a empreender uma guerra em seu próprio solo, com um inimigo interno a ser eliminado, que é o mesmo inimigo que sempre figurou como o risco à sociedade no Brasil: o jovem negro e pobre.

Se a guerra às drogas é a reprodução contemporânea da política de segregação racial, marca histórica do Brasil desde as invasões portuguesas, a inovação é a Constituição de 1988 que institui um novo, inédito, regramento de conduta para o Estado brasileiro, que até então nunca tinha visto limites para o exercício dessa segregação.

É preciso inverter o olhar. Embora seja evidente que a guerra às drogas produz inúmeras violações constitucionais – e devem ser chamadas assim, pois a Constituição é

a norma de maior hierarquia a ser respeitada, e se isso não é feito estruturalmente, há violação estrutural à Constituição – a condução tradicional do sistema penal brasileiro era, ou se encontra, em total desacordo com sua nova ordem. A Constituição não se efetiva somente pela edição de seus princípios em folhas de papéis.

Faz-se necessário a intervenção ativa, não recorrer à Constituição somente em casos de sua violação *a posteriori*, mas tomar o debate já construído ao longo de décadas de análise da realidade material e impor, de fato, a ordem Constitucional frente aos agentes que compõem a política criminal, e superar as raízes que plantam o Brasil em um passado racista, escravocrata, colonial.

Considerações finais

O presente trabalho se propôs a elencar bases da sociedade e do direito brasileiro na sua relação com o processo penal e a política criminal. A partir da identificação da contradição entre a Constituição de 1988, sua principiologia e a política criminal da guerra às drogas, contemporâneas, – diametralmente opostas – foi preciso identificar quais foram – e são – os valores e práticas do Estado brasileiro no decurso de sua história.

Escolheu-se uma análise pormenorizada do processo penal e da política criminal por representarem a forma de como é feito o ingresso no sistema e a forma em que o alvo do sistema é selecionado. Por conta disso, a análise secundária do direito penal material serve para tratar do porquê do ingresso no sistema penal. Diante de tamanho ímpeto em encarcerar, o trabalho mostra o porquê se torna secundário pelo modo como a criminalização é primária, isto é, a criação de uma lei penal que pode criminalizar até ritmos musicais, ou plantas, para atingir suas finalidades autoritárias. Finalidades autoritárias que são buscadas pelo processo penal, quando mostra suas tendências inquisitoriais.

O primeiro capítulo do trabalho estudou quando o processo penal adquire contornos utilitaristas, de instrumentalização das suas prerrogativas, a partir da dicotomia entre os sistemas processuais penais inquisitorial e acusatório. O processo penal inquisitorial é prática do passado, por concentrar a gestão da prova nas mãos do juiz, por fornecer uma gama de poderes instrutórios ao Estado, e, ao mesmo tempo, objetificar, estigmatizar o réu; é indício de uma estrutura, uma política estatal voltada para a exclusão daqueles indesejados. No Antigo Regime, os alvos da inquisição eram pagãos, bruxas, hereges.

O Brasil descendente direto da invasão e ocupação colonial portuguesa também tem na formação de seu Estado – período que compreende Colônia, Império até a recente formada República – marcas inquisitoriais em seu processo penal e demonstra os indícios de uma política pública voltada para o controle e extermínio de seus indesejados. O alvo do período seria o negro escravizado, o ex-escravo e o recém-liberto.

Para a garantia de uma sociedade escravista, foi empreendida todo um projeto moral, ético e filosófico que justificasse a submissão de seres humanos à condição da escravidão. Esse acervo comportamental, inserido nos corpos e mentes que compuseram

a sociedade brasileira nos momentos de sua formação são determinantes para o que hoje é a categoria do Racismo Estrutural.

O conceito, apresentado nesta dissertação, fornece as chaves para entender o comportamento do Estado, de seus agentes e da sociedade brasileira frente à questão racial e de como se opera a segregação social no Brasil. No que tange ao objeto desta pesquisa, em termos político criminais e processuais penais, é preciso buscar explicações na criminologia para entender, na ótica da explicação do crime e da relação do Estado com o fenômeno criminal, buscando compreender qual a relação entre a forma como o Estado encara o crime e o criminoso, para como o indivíduo será tratado no curso do processo penal e quais serão as prioridades político criminais do determinado Estado.

No Brasil, a análise conjunta entre as contribuições que estudam o racismo estrutural no país com as contribuições sobre os entendimentos sobre crime e criminoso na tradição brasileira indicam a instrumentalização do sistema penal pelas estruturas racistas. Para lidar com os crescentes movimentos abolicionistas e a inevitável abolição da escravidão, que gerou um impacto profundo na economia brasileira da época, pautada na atividade, o Estado brasileiro elege o aparato penal como o instrumento a ser utilizado para lidar com o eminente perigo que se surgia: o negro não-escravizado.

A grande marca inquisitorial do processo penal brasileiro é carregar o peso de ter conduzido negros livres ao castigo sob o estigma de criminosos que lhe foi implantada. Se no medievo havia a caça às bruxas, no Brasil dos sécs. XIX e XX, havia a caça aos capoeiras, sambistas e religiosos.

De modo paralelo, formavam as concepções do direito moderno, das revoluções industriais, que seriam importadas para o Brasil em formação. A ideologia da defesa social ingressa no país para assim, como em boa parte do mundo ocidental, conformar os valores jurídico-penais em uma política criminal defensivista, que busca no outro, no diferente, uma ameaça a ser combatida. Depois, é complementada por outras ideologias e movimentos punitivistas à direita e à esquerda, que corroboraram suas posições e aprofundaram a estrutura autoritária do sistema penal brasileiro ao longo de sua formação e desenvolvimento.

O direito, até então, exercia um papel essencialmente legitimador de todas as questões estruturais que cercavam as práticas inomináveis do Estado brasileiro, dando o suporte jurídico necessário para o exercício de poder racista, sem limites. Isso começou

a mudar com o marco do período de redemocratização brasileira, no qual se institui a Constituição de 1988 e uma nova ordem jurídica, com bases principiológicas inéditas para o exercício do poder punitivo do Estado brasileiro.

Essa nova ordem jurídica impôs uma série de deveres ao Estado para que atinja sua pretensão punitiva. O caminho pelo qual o Estado brasileiro que quer punir um cidadão em seu território deve seguir é o de garantir com que haja um processo em paridade de armas, com uma divisão tripartite de poderes entre acusação, defesa e juízo. Essa divisão garante com que o Estado acuse através de seu órgão ministerial, responsável pela ação penal, enquanto julga pelo poder Judiciário. A defesa recebe poderes e prerrogativas que não possuía, e, principalmente, é retirado do Estado o direito de discriminar os cidadãos brasileiros negativamente, pondo um fim às referências estruturalmente racistas no ordenamento jurídico brasileiro, a nível constitucional.

Nesse sentido, a doutrina dos direitos fundamentais possui a sua dupla dimensão de dever para o Estado e de direito para o cidadão. Ademais, a principiologia institui um sistema acusatório com a gestão da prova nas mãos das partes, um sistema processual penal em que a finalidade é a própria garantia desses direitos no curso do processo, que a sentença é uma consequência da execução devida das etapas processuais e da observação das garantias fundamentais. Livre de exercícios não-justificados de poder, apesar de possuir valor normativo, não logrou êxito em impor mudanças significativas na estrutura tradicional do processo penal brasileiro.

Ao contrário, os estudos das ciências criminais e da sociologia criminal apontam para o aprofundamento da instrumentalização do sistema penal no mesmo período de vigência da Constituição. Ocorre que a norma maior é acompanhada pelo fenômeno político neoliberal e sua governamentalidade.

O neoliberalismo, marca no Brasil do final dos anos 1980 e anos 1990, ingressa no Brasil com as finalidades que ingressou no mundo: retirar obrigações do Estado, reduzir sua interferência na economia, na vida em sociedade e deixar com que o livre mercado melhor opere as relações sociais, construindo assim o auge da sociedade de mercado e o Estado mínimo.

No campo criminal, contraditoriamente às suas alegações de mínimo, a postura do Estado neoliberal é de instrumentalização do aparato penal para lidar com as consequências sociais da política econômica neoliberal: a produção de desigualdades, o

desamparo da população trabalhadora com a falta de políticas públicas e o crescimento da criminalidade, fez surgir movimentos políticos criminais como, por exemplo, os de Lei e Ordem, que pregam o recrudescimento cada vez maior dos instrumentos processuais penais, rumo à inviabilização da independência do juiz e de direitos fundamentais. Orientando assim o sistema penal para um eficientismo encarcerador que inaugurar a Era do Superencarceramento no país e em outros países do mundo.

O neoliberalismo impõe não somente uma política econômica, ou, a não execução de, uma política de proteção social, mas sim de uma governamentalidade, uma nova razão de operar a vida social. Seja o Estado, a atividade empresária, a família ou o indivíduo, a governamentalidade neoliberal afeta a todos rumo à um comportamento de empresa, onde a vida individual dos prazeres e desejos seria suprimida ao cumprimento de metas, e as funções históricas do Estado de prestador de serviços públicos substituída por um Estado em que o foco fosse o controle de contas e a não interferência da participação do Estado nas atividades econômicas que as elites desejam desenvolver.

A revolução contemporânea dos ricos submete os pobres ao Estado penal, escancarando a natureza de Centauro do Estado neoliberal: um homem de negócios, da cintura para cima, com a burguesia; um cavalo selvagem, da cintura para baixo, com a classe trabalhadora. No Brasil, o Estado Penal é concretizado pela Guerra às Drogas e sua operação em território nacional.

A Guerra às Drogas é o grande empreendimento em matéria político-criminal do Brasil desde os anos 90. Tem estruturas tão profundas nessa operacionalidade que impõe a vigência material de um princípio não previsto, mas praticado.

O princípio da guerra às drogas coloca o operador do Direito à mercê das intenções segregacionistas e encarceradoras da política criminal, retirando a independência do juiz, o direito de individualização das penas, e fixando na atividade policial como a atividade do Estado determinante para a execução da política criminal, que consiste em uma meta: o encarceramento do traficante, selecionado para exercer o papel de inimigo da guerra.

Autoritária e contrária aos princípios do sistema acusatório, a política criminal da guerra às drogas também dialoga com o racismo, o direito penal do inimigo, as ideologias de defesa social e do movimento da lei e da ordem enquanto fenômeno político-criminal global. No Brasil, acrescida da doutrina de segurança nacional, a

ideologia das ditaduras latino-americanas, que pregavam a proteção nacional contra o comunismo, inclusive a proteção contra inimigos internos, forma uma política-criminal com raízes inegavelmente autoritárias, inquisitoriais e racistas.

O estudo criminológico estatístico variado demonstra que essa é uma realidade: o traficante, inimigo da guerra às drogas, é, em regra, um jovem negro, de baixa escolaridade, réu primário, desarmado, com pouca quantidade de droga apreendida. O Brasil se preocupa em encarcerar pessoas que evidentemente não apresentam nenhum perigo iminente a sociedade.

Resta entender o porquê dessa política criminal especificamente em tempos democráticos.

Ocorre que somente a edição de uma normatividade democrática não é suficiente para concretizar a democracia em um país. A democracia é um processo e precisa ser realizado em todas as dimensões da sociedade para que possa se chamar de democrática. Em matéria criminal, fala-se de um cuidado especial, pois se articula do exercício mais severo de poder do Estado sobre seu administrado, seu cidadão.

Por isso, há que falar em uma constitucionalização ativa dos elementos que compõem o sistema penal. É papel das ciências criminais integradas e do direito não só redigir normas e desenvolver a principiologia, mas produzir sugestões de política pública, no caso política criminal, buscando adequar a realidade entre o mundo material e o ordenamento constitucional.

A política criminal brasileira, a guerra às drogas brasileira, reproduz uma série de princípios, de valores e de comportamentos que sempre foram reproduzidos no Brasil. O racismo estrutural, a inquisitorialidade, a segregação da classe trabalhadora, a instrumentalização do sistema penal para a perseguição e exclusão de inimigos internos, são marcas da formação do Estado brasileiro que também são observadas com as atuais políticas.

Nessa “inércia histórica”, a reprodução de valores e regras sempre adotadas nas práticas do Estado brasileiro em matéria criminal se mostra de fácil execução e aderência ideológica, por parte dos operadores do Direito, frente a um novo ordenamento, que impõe mudanças de hábitos, que dizem respeito, principalmente, a limitação dos poderes de determinados agentes estatais, a limitação do uso sem critério da prisão e a vedação da

instrumentalização eficientista do processo penal para se atingir índices de encarceramento.

A recente experiência portuguesa, embora tenha seus limites, indica um possível caminho para uma reforma político-criminal brasileira. Uma lei nos moldes da lei-quadro de política criminal portuguesa traria ao ordenamento jurídico brasileiro as margens de atuação de seu sistema penal a organização racional dos crimes a serem combatidos e as diretrizes procedimentais que devem ser cumpridas pelos agentes envolvidos na persecução criminal – do policial ao juiz, passando pelo órgão acusador – para a celebração do devido processo constitucional.

Entretanto, é preciso não importar acriticamente a iniciativa de outro país e observar a realidade interna do Brasil para buscar uma solução que esteja de acordo com a realidade brasileira, as tradições do passado e os anseios do futuro. Por isso, é necessário assumir a existência de uma política criminal paralela ao projeto constitucional na forma da Guerra às Drogas, que provoca uma série de violações estruturais de toda a extensão dos direitos e garantias individuais. Dialogando com os elementos de um passado escravista e segregador, a guerra às drogas não impõe nenhuma inovação nas tecnologias de repressão, pelo contrário, representa a forma contemporânea com que o Brasil reproduz suas velhas noções racistas.

A superação dessa política criminal, das violações no processo penal e demais dados negativos para o país passa, em um primeiro momento, pela assunção de tais práticas e de um estado de coisas a ser consertado pelo Estado brasileiro. Após a confissão desse problema estrutural histórico, faz-se necessário traçar um plano político-criminal de transição que responda quais deveriam ser as prioridades político criminais em um Brasil que democratizasse a sua política criminal e quais são as práticas que devem ser excluídas do leque de possibilidades de atuação do Estado na área criminal.

A superação da guerra às drogas se faz urgente. Não tanto pela garantia do direito individual do uso de drogas, mas pelos problemas sociais que provoca, isto é, o aprofundamento do racismo estrutural e a instrumentalização do sistema penal para se atingir as metas do encarceramento da juventude negra.

Os mecanismos jurídicos para efetuar essa mudança já existem. A normatividade constitucional brasileira apresenta um caminho não autoritário, de garantia de uma relação democrática entre Estado e cidadão, até quando é levada ao limite do

exercício do poder. Assim, é preciso a constitucionalização ativa das instituições que fazem parte do domínio da política criminal para superar as raízes inquisitoriais e matrizes autoritárias do sistema penal brasileiro.

“O Brasil tem um enorme passado pela frente”. Millôr Fernandes.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA JUNIOR, JOÃO MENDES DE (1959). O processo Criminal Brasileiro. V. 1. 4ª ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro;
- ALMEIDA, SILVIO LUIZ DE (2019). Racismo estrutural. Feminismos Plurais, coord. de Djamila Ribeiro. Pólen. São Paulo;
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA (1995). Consenso e Oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *In: O Novo Código de Processo Penal*. CEJ. Lisboa;
- BARATTA, ALESSANDRO (2013). Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. 5ª reimpressão. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro;
- _____ (1987). Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *In: Revista "Direito Penal"*. Buenos Aires;
- BARROS, ANDRÉ E PERES, MARTA (2011). Proibição da maconha no brasil e suas raízes históricas escravocratas. *Revista Periferia*, vol. III nº 2. Rio de Janeiro;
- BARROSO, LUÍS ROBERTO (2018). Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª. ed. Saraiva. São Paulo;
- BATISTA, NILO (1990). Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Editora Revan. Rio de Janeiro;
- BOFF, LEONARDO (1993). Prefácio, *in: Manual do Inquisidor*. Acedido em 08/06/2021: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html>
- BRANCO, THAYARA CASTELO (2014). A política criminal portuguesa: fundamentos gerais e alterações legislativas. *Cadernos UNDB*. V. 4. São Luís;
- BRANDALISE, RODRIGO DA SILVA (2016). Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes: origens, modelos, aplicações, sugestões. Juruá Editora. Curitiba;

- BRASIL. Código Penal de 1890. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Rio de Janeiro;
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro;
- CABRERA, MICHELLE GIRONDA (2016). O inconsciente Inquisitório no Processo Penal Brasileiro, *in*: Mentalidade Inquisitório e Processo Penal no Brasil. Empório do Direito. Florianópolis;
- CAEIRO, PEDRO (2000). Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In: Separata da Revista do Ministério Público nº 84. Lisboa;
- CALIL, MÁRIO LÚCIO GARCEZ (2018). A política criminal como política pública: a (re)construção da dogmática penal a partir da “ciência conjunta do direito penal”. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania v. 3, n. 2, p. 93-110. Londrina;
- CAMPOS, HELLIO (2009). Capoeira Regional: a escola de Mestre Bimba / HELLIO Campos (Mestre Xaréu). EDUFBA. Salvador;
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES (2019). Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Almedina. Coimbra;
- CARVALHO, L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE (ORG.); BRANDÃO, NUNO; SILVA, GERMANO MARQUES DA; PRADO, GERALDO (2009). Processo Penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira. Almedina. Coimbra;
- CARVALHO, SALO DE (2015). Antimanual de criminologia. 6ª ed. ver e ampl. Saraiva. São Paulo;
- _____ (2008). Pena e Garantias. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro;
- _____ (2016). A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – 8ª ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo;
- CONSO, GIOVANNI (1961). *Accusa e sistem accusatorio: atti processuali penali, capacità processuale penal*. Milão;

- _____ (1967). *Istituzioni di diritto processuale penale*. 2ª ed. Milão;
- CORDERO, FRANCO (1966). *Guida alla procedura penale*. Milão;
- COSTA, JOSÉ GONÇALVES DA (2000). Legalidade *versus* Oportunidade: legalidade atenuada, oportunidade regulada. In: Revista do Ministério Público nº 109329. Lisboa;
- COUTINHO, JACINTO NELSON DE MIRANDA (2001). Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais do ITEC nº 1. Sapucaia do Sul;
- _____, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Nunes da Silveira (org.) (2017). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Florianópolis;
- _____ (2015). O papel do novo juiz no processo penal. in: *Crítica à teoria geral do processo penal*.
- DARDOT, PIERRE, CHRISTIAN LAVA (2016). *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Editora Boitempo. Rio de Janeiro;
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO (2007). *Direito Penal Parte Geral*. Tomo 1. 2ª ed. Coimbra Editora. Coimbra;
- _____ (1992) Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra;
- FERRAJOLI, LUIGI (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais;
- FOUCAULT, MICHEL (2008). *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Editora Martins Fontes. São Paulo;
- _____ (2013). *Vigiar e Punir*. 41ª ed. Vozes. Petrópolis;
- FRANÇA, JEAN MARCEL CARVALHO (2015). *História da maconha no Brasil*. Três Estrelas. São Paulo;
- FREITAS, JOSÉ V. DE PINA (2013). *A confissão no direito probatório: um estudo de direito positivo*. 2ª ed. Coimbra;

- GOMES, CONCEIÇÃO E JOSÉ MOURAZ LOPES (2009). As recentes transformações no sistema penal português: a tensão entre garantias e a resposta à criminalidade *in* Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais PUCRS. Vol 1. Nº 1. Porto Alegre;
- GOMES, LUÍS ROBERTO E MÁRIO COIMBRA (2020). Princípio da Dignidade da Pessoa e da Humanidade das Penas, *in*: Prado, Luiz Regis (2020). Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra. 1. Ed. Forense. Rio de Janeiro;
- HASENBALG, CARLOS ALFREDO (1979). Discriminação e desigualdades raciais no Brasil. Edições Graal. Rio de Janeiro;
- HERNÁNDEZ, T.K (2017). A versão brasileira da legislação Jim Crow: o projeto de embranquecimento do direito de imigração e o direito costumeiro de segregação racial: um estudo de caso. In: Subordinação racial no Brasil e na América Latina: o papel do Estado, o Direito Costumeiro e a Nova Resposta dos Direitos Civis Salvador;
- INFOPEN (2019). Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017/ organização, Marcos Vinícius Moura. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília;
- ITURRALDE, MANUEL (2012). O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global, *in*: Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo liberal / Vera Malaguti Batista (org.); Sérgio Lamarão (trad.). Revan. Rio de Janeiro;
- JOST, MIGUEL (2015). A construção/invenção do samba: mediações e interações estratégicas. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 62, p. 112-125. Rio de Janeiro;
- LAMY, ANNA CAROLINA P. C. F. (2016). O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória, *in*: Mentalidade inquisitória e processo penal. Empório do Direito. Florianópolis.

- LEMOS, CLÉSIO JOSÉ MORANDI DE ASSIS (2011). Política Criminal no Brasil neoliberal. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro;
- LOPES JR., AURY (2016). Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2º ed. Saraiva. São Paulo;
- _____ (2018). Direito processual Penal. 15ª ed. Saraiva. São Paulo;
- MAIER, JULIO (1989). *Derecho procesal penal argentino 1*. Buenos Aires;
- MBEMBE, ACHILLE (2018). Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. N-1 edições. Rio de Janeiro;
- MARTINS, JOSÉ V. DE PINA (1973). Tratado de Confissom: Chaves, 8 de agosto de 1489. Lisboa;
- MARTINS, RUI CUNHA (2010). O ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 1ª reimp. Lumen Juris. Rio de Janeiro;
- MARTY, MIREILLE DELMAS (1992). Modelos e Movimentos de Política Criminal. Editora Revan. Rio de Janeiro;
- MELCHIOR, ANTONIO PEDRO, RUBENS R R CASARA (2013). Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. 1: conceitos fundamentais. Lumens Juris. Rio de Janeiro;
- MENDES, GILMAR FERREIRA (2015). Curso de direito constitucional. 10ª ed. ver. e atual. Saraiva. São Paulo;
- NILO, BATISTA (2013). Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I. 2ª ed. Revan. Rio de Janeiro;
- NUCCI, GUILHERME DE SOUZA (2016). Direitos humanos *versus* segurança pública. Editora Forense. Rio de Janeiro;
- PALOMARES, SALVADOR GUERRERO (2005). *El principio acusatorio*. Aranzandi. Navarra;
- PASTANA, DEBORA R. (2009). Justiça Penal Autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. Revista de sociologia e política, nº 32. Santa Catarina;

- PRADO, GERALDO (2005). Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro;
- RODRIGUES, LUCIANA BOITEUX DE FIGUEIREDO (2006). Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo;
- RUSCHE, GEORG E OTTO KIRCHHEIMER (2004). Punição e estrutural social. 2ª ed. Revan. Rio de Janeiro;
- SCHWARCZ, LILIA (1993). O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). Companhia das Letras. São Paulo;
- SEMER, MARCELO (2019). Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª ed. Tirant lo Blanch. São Paulo;
- SILVA, GERMANO MARQUES DA (2010). Curso de Processo Penal. 6ª ed. Verbo. Lisboa;
- SILVA, LUCIANA CAETANO DA; NELSON ROBERTO BUGALHO; PRISCILA KUTNE ARMELIN (2020). Indicações Constitucionais de Criminalização *in* Prado, Luiz Regis (2020). Direito Penal constitucional: a (des)construção do sistema penal / coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização Luís Roberto Gomes, Mário Coimbra. 1ª ed. Forense. Rio de Janeiro;
- SIMON, JONATHAN (2007). *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford University Press. Oxford;
- SODRÉ, MUNIZ (1998). Samba, o dono do corpo. 2ª ed. Mauad. Rio de Janeiro;
- SOUZA, TAIGUARA LIBANO SOARES E (2018). A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. 1ª ed. Revan. Rio de Janeiro;
- VALOIS, Luís Carlos (2019). O direito penal da guerra às drogas. 3ª ed. Editora D'Plácido. Belo Horizonte;
- WACQUANT, LÖIC (2009). *Punishing the Poor: The neoliberal government of social insecurity*. Duke University Press. Durham and London;

_____ (2015). *Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na Era Neoliberal*. Revista Transgressões, v. 3 n. 1, p. 5-22;

ZAFFAROINI, E. RAÚL, NILO BATISTA, ALEGANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR (2011). *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Revan. 4ª ed. Rio de Janeiro.