

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



UFG
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE GOIÁS



PPGDP
Programa de Pós-Graduação
em Direito e Políticas Públicas

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.
- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?
- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutive do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DISCURSO JURÍDICO PENAL E (PÓS) DEMOCRACIA CRIMINAL LEGAL DISCOURSE AND (POST) DEMOCRACY

Clodomir Assis Araujo Junior

Resumo

O atual contexto do Sistema de Justiça Criminal tem despertado várias inquietações pertinentes à democracia. Entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. Assim, buscamos empiricamente compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para isto foi, também, fundamental perquirir a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

Palavras-chave: Discurso jurídico penal, (pós) democracia, Sistema de justiça criminal, Ideário prevencionista da pena, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The current context of the Criminal Justice System has given rise to much disquiet regarding democracy. Between a crisis and a stage of (post) configuration, several discourses remain which try to identify what indeed are the main marks of Brazilian criminal intervention. We sought to understand, empirically, if the function of contention of punitive power has been adequality executed by the Brazilian Criminal Justice System. For that purpose, it was also vital to inquire about the relation between legal efficientism, preventive thought on sentencing, and distortions of criminalization in communication mediums.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal legal discourse, (post) democracy, Criminal justice system, Preventive thought on sentencing, Fundamental rights

1 - DISCURSO JURÍDICO PENAL E (PÓS) DEMOCRACIA: UMA ABORDAGEM INICIAL

Utilizando-se da metáfora do supermercado para explicar a ação do Estado, podemos afirmar que subsistem lado a lado, como se em uma prateleira estivessem, produtos democráticos e autoritários (MARTINS, 2010). Estes produtos poderão, ao gosto do detentor do poder político, ser utilizados, uns mais do que outros e vice versa.

Essa figura de linguagem explica como governos autoritários fazem uso de instrumentos democráticos e como governos democráticos, acabam por apresentar nuances, ou cenas contínuas autoritárias.

A atual quadra histórica brasileira é bem peculiar neste quesito. Com 30 anos de estabilização político democrática, consolidada pelo fim do Regime de Exceção e pelo estabelecimento da Ordem Constitucional de 1988; vivemos, talvez, o período de maior importância e distinção desde a proclamação da Carta Cidadã.

Tal peculiaridade, para alguns, como o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Brito, pode ser entendida como uma “pausa democrática correspondente a um freio de arrumação” (BRITO, 2016).

Bem próxima a esta visão, há quem defenda a existência atual de contexto de crise quanto ao Estado Democrático de Direito. Para esta concepção viveríamos em um o momento histórico excepcional em que o velho, ou o antigo, apresenta sinais de cansaço, mas o novo ainda não nasceu.

Ao se falar em crise, portanto, reafirma-se a viabilidade e a sobrevivência de dado fenômeno. A crise do Estado Democrático de Direito, representaria, assim, a permanência em integralidade dos seus fundamentos. Representaria uma situação difícil, excepcional, mas nada a significar a desvinculação a um modelo de organização política, atrelado ao princípio da legalidade estrita (CASARA, 2017).

Entretanto, para além desta visão de irrompimento das balizas fundantes da democracia, há uma percepção distinta deste discurso docilizador. Um olhar que consegue enxergar que a “crise” passou a ter ares de normalidade, de permanência, um verdadeiro estado permanente de exceção, uma verdadeira desconfiguração democrática.

Agora, porém, o quadro é outro: não se trata de recorrer ocasionalmente a um instrumental autoritário em plena democracia, mas de reconhecer que o Estado não pode mais ser tido como democrático em especial diante da forma como trata os diretos e as garantias fundamentais. Não há crise. O que chamam de “crise” é, na verdade, um modo de governar as pessoas. (CASARA, 2017, p.16)

Com efeito, o Sistema de Justiça Criminal passa pela estruturação de um novo paradigma: o pós – democrático. Entender esta mudança, isto é, compreendê-la, nos exige iniludivelmente, o entendimento das suas bases epistêmicas. Tarefa que exige o desvendamento do discurso jurídico penal, categoria firmada por Zaffaroni (2005a, p. 20), e que representa o próprio saber penal, desde a sua planificação até a sua concretização, tentativa que buscaremos nas próximas linhas.

2 - O QUE SERIA O ESTADO PÓS - DEMOCRÁTICO?

Atribui-se ao cientista político inglês Colin Crouch a expressão “pós-democracia”. Segundo essa definição este momento, pós – democrático, representaria o pleno funcionamento formal das instituições democráticas, todavia haveria uma diminuição progressiva das suas dinâmicas.

Segundo tal concepção, apesar das eleições, o poder de produzir decisões políticas estaria se deslocando da arena democrática, migrando para pequenos grupos: as grandes corporações transnacionais; o governo das finanças (CROUCH, 2004).

Esta percepção parece estar muito mais vinculada à visão do Norte global marcada por tentativas mais consistentes de implementação de um real Estado do Bem – Estar Social, onde os direitos fundamentais recebem certa preponderância.

De forma diversa ou em outra concepção, onde ainda temos um contexto de luta pela concretização de direitos básicos; onde há prevalentes concepções autoritárias, a pós – democracia, deve ser visualizada de forma distinta. Para um olhar sobre o Sul global, onde destacam-se, América Latina e África, desponta mais perceptível o rompimento com o Estado Democrático de Direito, pois nem mesmo a fachada democrática - dimensão formal – persiste.

Para esse contexto(Sul – global) a pós – democracia pode ser entendida por um,

Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No estado Pós – Democrático a democracia permanece, não mais com conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador (CASARA, 2017, p. 23).

Com efeito, nesse processo de perda substancial dos valores democráticos, assistimos no Sistema de Justiça Criminal um irrestrito processo de demonização dos direitos fundamentais, algo instrumentalizado pelos meios massivos de comunicação, uma equiparação aos produtos descartáveis do mercado.

É nesse paralelo de simulação democrática, pós – democracia, que a engrenagem punitivista ganha proeminência impulsionada pelas lógicas efficientista e prevencionista do discurso

jurídico penal, tudo ao enredo e direção do grande show, o espetáculo penal, nossa próxima abordagem.

3 - A LÓGICA EFICIENTISTA, O IDEÁRIO PREVENCIONISTA DA PENA E OS INFLUXOS DA MÍDIA: A BASE EPISTÊMICA PAN PUNITIVISTA

Nesse paradigma pós - democrático da Justiça Criminal, há uma inegável influência do projeto neoliberal, verdadeiro núcleo fundamentador desta nova forma de gerir as pessoas. Gestão esta, que pode ser entendida como um movimento não homogêneo, por encontrar resistência de alguns pontuais regimes políticos, consistente em uma corrente de pensamento que surge no segundo pós-guerra, na Europa e nos Estados Unidos, com o principal intuito de combater o Estado do bem-estar, pautando-se para tanto nos ideários de liberalismo econômico, individualismo e contenção da intervenção estatal (ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2015).

Os autores destacam, ainda, uma das marcas mais significativas desse novo contexto que é, indubitavelmente, a eficiência. Por forte e irrestrita influência de princípios econômicos ao Direito, a intervenção penal, vista agora por esta lógica efficientista, rende obediência ao binômio custo-benefício. O Estado penal passa a ser o Estado máximo e policialesco para a segurança da propriedade privada e manutenção dos contratos, e o Estado mínimo para o atendimento aos pleitos sociais.

Mas para a exata compreensão deste fluxo neoliberal quanto ao Sistema Penal, ou melhor, da sua compreensão como uma verdadeira racionalidade, e não apenas como mera ideologia ou política econômica, imprescindível o alerta a seguir:

A racionalidade neoliberal tem como característica principal a generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação.... O neoliberalismo pode ser definido como o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17)

Com efeito, a expansão punitivista que predomina no ambiente pós - democrático da Justiça Criminal é, sobretudo, afetação direta do projeto neoliberal, com proeminência do efficientismo econômico, aonde as regras gerenciais vão substituindo paulatina e perversamente as regras jurídicas.

A lógica qualitativa e a efetividade dos direitos fundamentais vão cedendo espaço à lógica quantitativa e gerencial. A Justiça passa a ser diagnosticada pela radiografia dos números, dos programas de metas, daí o alerta proposto por Hayek (*apud* ROSA; AMARAL, 2015, p. 161):

Partindo da proteção da propriedade privada e da autonomia dos contratos, em nome da liberdade e da autonomia dos sujeitos, o modelo de Poder Judiciário Neoliberal pretende que a Jurisdição seja o garante de seus pressupostos, desprezando qualquer pretensão de Justiça Social.

Pari passu temos na espetacularização criminal, o ambiente perfeito para a afirmação desta lógica eficientista. O caso penal sofre uma mutação simbólica marcada pela desnaturação do seu conteúdo, enquanto informe jornalístico eticamente comprometido, para um produto de primeira valia dos conglomerados empresariais de comunicação.

No espetáculo/show penal, pouco espaço, ou nenhum, é permitido ao enredo defensivo. Há uma perversa predominância da narrativa acusatória. As exceções permitidas, em sua maioria acabam por reduzir a atividade defensiva a meros joguetes e estratégias, por vezes até demonizando a figura dos atores que ousam resistir à fúria punitiva.

Também em linha de consequência, verificamos uma incontroversa diminuição da dimensão de garantia inerente à intervenção penal no Estado Democrático de Direito, cedendo espaço ao exponencial crescimento da dimensão de entretenimento (CASARA, 2017).

Essa priorização da diversão/entretenimento da narrativa jornalística em relação ao caso penal não passou despercebida da reflexão de Llosa (2013, pp. 121/122):

O avanço da tecnologia audiovisual e dos meios de comunicação que serve para contrapor-se aos sistemas de censura e controle nas sociedades autoritárias, deveria ter aperfeiçoado a democracia e incentivado a participação na vida pública. Mas teve efeito contrário, por que em muitos casos a função crítica do jornalismo foi distorcida pela frivolidade e pela avidez de diversão da cultura reinante [...] O jornalismo escandaloso é um perverso enteado da cultura da liberdade.

Vemos, portanto, uma predominância do discurso moralizante e eficiente da intervenção penal ligados pela “avidéz de diversão”. A atividade crítica de controle do poder punitivo, através da denúncia dos abusos, função das mais importantes da mídia no ambiente democrático resta completamente minimizada atualmente.

Nesse horizonte o “cão de guarda” da democracia, a mídia, aquela que deveria protegê-la, paradoxalmente passa a incentivar o exercício do poder punitivo, alimentando a atividade coercitiva do Estado (GOMES, 2015).

Da conjugação do ambiente midiático, que hoje prevalece na narrativa criminal, com a lógica eficientista aplicada à prestação jurisdicional, temos o *locus* perfeito para as sentenças condenatórias, decisões de indeferimento de liberdade, decretações de prisões processuais.

A justiça eficiente seria, portanto, aquela que condena, que aplica decisões punitivas de forma midiática e mais ainda, aquela que atua com forte crença no caráter prevencionista da intervenção penal. Aqui reside outra relevante nota epistemológica dessa engrenagem punitivista.

Sendo possível dizer, que o ideário prevencionista do Direito Penal é uma das principais bases epistêmicas do populismo penal/pan punitivismo.

Para além de toda a representação do projeto neoliberal de gestão das massas indesejadas, a intervenção penal expansionista ocorre, ainda, por consequência deste “senso comum teórico”¹ preventivo arraigado no Sistema de Justiça Criminal.

Parte deste discurso prevencionista do Direito Penal pode ser entendido como integrante da chamada Racionalidade Penal Moderna, teorização proposta por Álvaro Pires, segundo a qual desde o século XVIII as ideias penais predominantes no Ocidente de uma forma, ou de outra vincularam a intervenção penal à aplicação das penas aflictivas.

“O sistema penal projeta um auto-retrato identitário essencialmente punitivo, em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflictivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime (só convém uma pena que produza sofrimento)” (PIRES, 2004, p. 42.)

Punimos bastante, punimos sem limites, justamente por acreditar piamente que a tutela penal é um instrumento capaz de prevenir os conflitos (crimes) e de proteger os bens jurídicos. Zaffaroni (2015) afirma que essa crença seria uma espécie de “esquizofrenia normativa”.

Um movimento punitivo que vem se reafirmando nos últimos anos em nossa região quando:

...diante de qualquer conflito que provoca reivindicações, no lugar de prover aos bens jurídicos adequada tutela no mundo real, opta por criar um tipo penal e, diante de uma maior frequência delitiva, aumenta a escala penal até os limites irracionais, pretendendo que, *juris et de jure*, se presuma cumprido e esgotado seu dever de tutelar (ZAFFARONI, 2011, p. 44).

Algo que a Criminologia Crítica há mais de 50 anos vem se concentrando em desvendar; porém, subsisti e hoje é reafirmada pela espetacularização da Justiça Criminal que usa e abusa do argumento da suposta impunidade que haveria no Brasil.

Nesse sentido, os incautos apostam todas as suas fichas na intervenção penal, formatando o combustível ideal que alimenta a máquina do poder punitivo. “Doce ilusão”, como alertam (ROSA; AMARAL, 2015, p.175):

É claro que os viciados em punição e que apostam suas fichas no Direito Penal, num país com a terceira posição no ranking de segregados, pensam que se prende

¹Luis Alberto Warat explica que “[.....]a expressão ‘senso comum teórico’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.....Resumindo: os juristas contam um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum dos juristas é o lugar do secreto (WARAT, 1994, pp.13/14).

pouco. Esses deveriam entender que o Direito Penal não pode dar mais do que se pede a ele, ou seja, o Direito Penal sempre chega atrasado e não possui os efeitos que promete. O Direito Penal engana quem deseja ser enganado.

Poderíamos supor, então, que a tríade: Eficientismo Penal - Espetacularização da Justiça Criminal - Ideário Prevencionista do Direito Penal, formariam o núcleo epistêmico do discurso penal pós - democrático. Seria a base central que alimenta e fomenta a tutela penal expansionista que vem se consolidando há anos.

4 - A PERDA DO VALOR DEMOCRÁTICO E A MINIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: QUANDO A INFLUÊNCIA DO DISCURSO PREVENICIONISTA E A LÓGICA DA EFICIÊNCIA ANIQUILAM O DIREITO FUNDAMENTAL EM UM AMBIENTE DE ESPETÁCULO

A quadra pós - democrática tem como uma das marcas alarmantes o desaparecimento da preocupação com os valores democráticos. Não há simplesmente uma massificação da violação aos limites ao exercício do poder estatal, há algo mais. “Isso equivale dizer que não existe mais uma preocupação democrática, ou melhor, que os valores do Estado Democrático de Direito não produzem mais o efeito de limitar o exercício do poder concreto” (CASARA, 2017, p. 21).

Nesse panorama a presunção de inocência, apesar de ser historicamente considerada como um dos pilares democráticos do Sistema de Justiça Criminal Brasileira, vem sofrendo uma evidente minimização. O dia a dia da intervenção penal, no Brasil, é rico em exemplos desta natureza.

Essa baixa efetividade tem causas cognitivas que se vinculam à própria incompreensão de significado deste importante postulado. Questionamentos básicos como: o que é; por que existe e para que foi concebida, passam longe da maioria dos protagonistas penais (MORAES, 2010).

Além deste déficit cognitivo, existe outro influxo bastante relevante, cremos que seja o principal, e que não pode ser desprezado na perquirição da sua baixa efetividade.

Falamos exatamente da própria conjugação do ideário prevencionista da pena com a lógica efficientista judicial, que prevalecem hoje no ambiente espetacular do sistema penal pátrio. Essa tríade conjugação implica em uma forte proposição utilitarista do discurso jurídico penal, levando em muitos casos os seus operadores a optarem por ações adequadas a esta lógica.

Resultado disto são as várias correntes hermenêuticas autoritárias, que hoje sobressaem no nosso Sistema de Justiça e que influenciam brutalmente para a baixa densidade da presunção de inocência. Práticas autoritárias, inclusive chanceladas por órgãos judiciais que a princípio guardariam como função democrática resguardar as garantias e os direitos fundamentais.

Uma projeção de autoritarismo que verificamos de forma vertical e automatizada, algo totalmente mecanizado e acrítico. Tribunais fixam em determinados casos entendimentos, tidos

como intransponíveis, em uma inegável banalização da atividade judicial, onde se distingue a “aderência consumista aos julgados da moda” (ROSA; AMARAL, 2015, p. 168).

Como exemplo, vejamos a hermenêutica judicial que vem prevalecendo nos casos de estupro². Há sedimentado entendimento de que a palavra da(o) ofendida(o) possui extremo valor probatório, quando aliada a outros elementos de prova.

Aliás, esta justificativa, consonância da versão da vítima com o conjunto probante, tem sido utilizada para, em verdade, empreender uma prática jurídica extremamente perniciosa à presunção de inocência, em vista do seu aspecto de norma de juízo (MORAES, 2010).

Sob o pálio de que o suposto *modus operandi* deste tipo delituoso, em regra faz uso de subterfúgios que impedem, ou dificultam testemunhas presenciais, ou outro tipo de prova, percebemos na prática uma cruel inversão do ônus probatório.

Existe, portanto, uma carga de responsabilidade ao imputado exponencialmente inversa à presunção de inocência que ele deveria gozar como direito fundamental.

Essa minimização ganhará reforço a depender, se o caso penal estiver em foco nas lentes e páginas do “espetáculo criminal”, espaço naturalizado para as decisões/intervenções permeadas pelo discurso prevencionista da pena.

Nestes casos, as decisões absolutórias ou concessivas de liberdade, são atacadas com a pecha da profanada ineficiência judicial. Um ato de extrema “coisificação” do homem. Como se pudéssemos concretamente medir a eficiência de uma prestação judicial criminal, tão somente pela sua disposição sobre a procedência ou não da imputação acusatória.

Em outra vertente, porém, na mesma toada da minoração da presunção de inocência, agora em relação ao seu viés de norma de tratamento (MORAES, 2010), verificamos a exposição midiática implementada pela imprensa em alguns casos. Investigados e acusados expostos, sem qualquer observância aos preceitos que lhes asseguram o tratamento como inocentes, antes do trânsito em julgado da sentença.

Uma draconiana atividade que separa a teoria e o mundo normativo através de um abismo com a prática do sistema penal.

Distâncias que até os cegos conseguem enxergar, mas que alguns atores criminais resistem em aceitar. “Essa exposição faz parte do ônus de ser acusado” ou então “ele pode requerer uma indenização por danos”, diriam os mais céticos em relação à violência do sistema penal brasileiro. De certo mesmo, resta-nos a certeza de que ser tocado/escolhido pelo sistema penal, definitivamente “é missão para os fortes”, para não deixar de usar o clichê da moda.

²Nesse sentido ver a decisão no AgRg no HC 450539/MG/STJ. Rel Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br>>. Acessado em <6 de julho de 2018>.

Essa intervenção midiática ganha relevos, ainda mais substanciais, quando orquestrada e institucionalizada, pelas próprias agências oficiais do sistema penal. Vide as coletivas de imprensa onde agentes estatais, com o devido “banner” oficial, ainda em fase de perquirição criminal, ou em prematura fase judicial “sentenciam” meros investigados/recém denunciados, os condenando, talvez à mais desumana das penas: o linchamento público e moral. Pena irreversível.

Presunção de inocência? Para quê, ou melhor, para quem? Quem manda se envolver em falcatruas. Quem manda ser estuprador, corrupto.

Tal jargão há muito atravessou o senso comum e hoje parece enraizado no seio do Sistema de Justiça Criminal Brasileira, com outras palavras é claro, mas com o mesmo direcionamento teleológico utilitarista e com pilares científicos e filosóficos próprios: em certos casos mais graves, os direitos fundamentais não são necessários, existe um “interesse coletivo” sobreposto justificando a seleção oficial dos cidadãos e dos inimigos (SANTOS, 2018).

Parece que a afirmação de CARNELUTTI (2009), “medidas de sofrimento espiritual ou humilhação”, lançadas em 1957 referindo-se ao processo penal, nunca foram tão contemporâneas, afinal o espetáculo criminal humilha e penaliza antecipadamente os seus selecionados.

Essa onda minimizadora da presunção de inocência, antes mais sentida pela clientela habitual do sistema penal, chegou aos intocáveis, a elite social e política envolta à chamada criminalidade econômica.

Com a propulsão do discurso punitivista de diminuição da seletividade, as agências penais, voltam suas armas para os crimes do colarinho branco. Uma expansão penal iniciada na década de 90 e que hoje resta consolidada.

Reforço, inegável à intervenção penal calcada nas bases prevencionistas, com forte apelo midiático de “democratização penal”, seu novo aporte justificador: todavia, antes de diminuir a seletividade, apenas e tão somente concretizam um novo nicho de bodes expiatórios.

Espelho simétrico desse movimento foi a mudança de entendimento implementada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus 126292/SP em relação à possibilidade da execução provisória da pena, em casos de condenações em segundo grau de jurisdição, ainda pendentes de recursos às instâncias superiores.³

Em primeira lente este possa parecer o golpe mais profundo, deste movimento, igual à onda do mar quando arrebenta com a força pujante o seu adversário. Em que pese a sua proeminência e amplitude, pois operada pela nossa Suprema Corte Judicial, não possui, ao nosso olhar, o mesmo vetor que as práticas penais entranhadas na hermenêutica autoritária prevalente no sistema penal pátrio.

³Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em <06 de julho de 2018>.

Tais práticas subversivas da presunção de inocência são afirmadas cotidianamente pela engrenagem criminal e reafirmadas pela mídia espetacular que aborda o caso penal sob o enfoque do entretenimento. Daí a sua maior lesividade, pois opera no *day to day*, ainda que lentamente. Destrói o seu prisioneiro, no caso a presunção de inocência, não pela sua força, mas pela sua persistência.

Apesar de parecer menos letal ao sistema de garantias e direitos fundamentais, esse giro interpretativo concretizado pelo STF, autorizando a execução provisória da pena, tem um efeito simbólico devastador.

Questionamos em outra letra: se o Tribunal a quem a Constituição atribuiu a sua guarda maior, desnatura um preceito fundamental da relevância da presunção de inocência, quem poderá questionar as iniquidades diárias praticadas no e pelo sistema penal?

Essa “Operação de Hermes” do Supremo, muito além de minimizar o direito fundamental a presumir-se inocente, antes do trânsito em julgado, destroçando o seu significado, historicamente construído, desponta como um inexorável coroamento de uma política criminal, há tempos consolidada no nosso sistema criminal. Política penal pautada em bases teóricas eminentemente eurocêtricas, onde o ideário prevencionista do discurso jurídico penal é um dos sacros santos dogmas.

A mesma crença intangível de que a normatização criminal consegue proteger os bens jurídicos. Nada mais epistemologicamente distante da nossa assombrada realidade (CACICEDO, 2017).

Por fim há de se destacar que a relativização da presunção de inocência, como antes referida, não deixa de representar que a “liberdade também passou a ser encarada como uma mercadoria, algo que vale conforme a lógica do mercado” (CASARA, 2017, p. 150). Um claro e incontornável fluxo da racionalidade neoliberal (DARDOT; LAVAL, 2016).

5 - O IMPERATIVO DO DÉFICIT ONTOLÓGICO: UM OLHAR PARA A INTERVENÇÃO PENAL COM A LENTE DO DISCURSO PÓS - ABISSAL - A NECESSÁRIA CONTENÇÃO PUNITIVA

Compreender o atual ciclo autoritário da intervenção penal nacional, onde verificamos um desmedido movimento de contração do sistema de liberdades públicas com a evidente perda dos valores democráticos, nos obriga a uma reflexão antecedente sobre a própria dialeticidade entre o estado de direito e o estado policial.

O estado de direito possui duas importantes projeções: o estado de direito histórico e o estado de direito ideal. O estado de direito histórico representa uma projeção concreta, retrospectiva, algo realizado no mundo.

Nele se encontra “encapsulado” o estado de polícia, ligado às decisões/arbítrios dos governantes. Já em um plano abstrato temos o estado de direito ideal, uma projeção para o futuro, onde todos estão submetidos igualmente à lei.

O estado de direito ideal funciona como o “farol do poder jurídico”, não sendo outra coisa senão um “elemento orientador dos estados de direito históricos e reais, nunca realizados plenamente no mundo” (ZAFFARONI, 2007).

Nessa dialética relação, estado de direito histórico e estado policial, adquire relevo majoritário o poder punitivo, inserido neste último como um verdadeiro capítulo. Trata-se de um poder autoritário, violento, verticalizador e reproduzidor de antagonismos sociais, que seleciona vítimas e criminalizados por suas vulnerabilidades, sacrificando seus operadores em uma imagem eminentemente bélica (ZAFFARONI et al, 2006).

Este “capítulo” do estado policial atua com maior expansão, distanciando cada vez mais o estado de direito real e histórico da sua projeção ideal.

Nesse horizonte expansivo, cada vez mais se sobrepõe a função de contenção do poder punitivo, cujo exercício deve ser guiado justamente pelo direito penal a quem caberá planificar as decisões judiciais, impedindo o puro impulso das agências executivas e políticas.

A questão reside inicialmente neste ponto: e quando essa contenção não funciona? Zaffaroni nos remete a uma fundamentada ponderação:

Em la medida em que el derecho penal(la doutrina), como programador del poder jurídico de contención del estado de policía, deje de cumplir esa función, o sea, en la medida em que legitime el trato como enemigos de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía, o sea, cede terreno em su función de contención o dique em permanente resistência (ZAFFARONI, 2007, p. 167).

A ausência, ou falha, na contenção punitiva que deveria ser exercida pelo direito penal, como vimos, gera proporcional expansão do estado policial.

Com efeito, isto nos remete a uma nova observação: qual a razão do direito penal ao longo da nossa história vir seguidamente falhando nesta função de contenção? Os atores criminais, não só os integrantes das agências judiciais, mas também os demais integrantes das outras agências, de fato introjetaram esta função de “dique” do poder punitivo?

A resposta desponta um tanto complexa, mas absolutamente proporcional à questão, vamos ao ponto.

6 - UM PONTO FINAL OU ALGUNS ARREMATES FINAIS

Para além dos fluxos exercidos pela racionalidade neoliberal, o discurso jurídico penal predominante no Brasil, bem como em toda a América Latina, com forte prevalência da visão preventiva da intervenção penal, bebeu em fontes epistemológicas eurocêntricas.

As formulações dogmáticas penais foram, desta forma, importadas com forte predominância da fonte ítalo-germânica.

Mais recentemente vem predominando a influência alemã, haja vista o destacado aporte técnico de suas proposições dogmáticas, todas, frise-se, plantadas em bases sociológicas consensuais, inobservando, portanto, a nossa incontornável conflitividade social (CACICEDO, 2017).

Por consequência dessa importação teórico dogmática, a nossa prática judicial criminal explode em ações diametralmente opostas a contenção punitiva redutora da violência estatal, embarcando na viagem infinita dos fins simbólicos da pena e do poder punitivo, vale dizer, proteção dos bens jurídicos e prevenção de conflitos.

Uma transposição teórica acrítica que tem minorado a densidade democrática do nosso Sistema Penal e que não foi esquecida pela lente de Zaffaroni:

Así como no parece razonable ofrecer a un gobierno un proyecto elaborado para un Estado que dispone de recursos financieros muy superiores (ni tampoco lo contrario), no parece politicamente correcto que quiera ofrecerse el mismo proyecto de jurisprudencia a operadores judiciales que forman parte y son adiestrados en estructuras de poder por completo diferentes y, por ende, con perfiles de jueces y funciones también distintos. Esto fue, por lo general, ignorado en Latinoamérica donde, ante la ausencia de teorizaciones propias con alto nivel de elaboración, nos hemos introducido en la técnica jurídica con modelos muy elaborados, pero destinados a judiciales europeos continentales (ZAFFARONI, 2005b, p. 79)

É preciso dizer, ainda, que a prática de importação teórica em questão, se reproduz como um todo nas ciências sociais. Não é exclusiva do direito, quanto menos da dogmática penal. Arrima-se em um falso universalismo que a produção nortecêntrica e eurocêntrica tenta sustentar.

Um pensamento abissal que divide as sociedades por uma linha, a linha abissal, divisora da sociedade em dois grandes grupos, as sociabilidades metropolitanas e as sociabilidades coloniais. Este pensamento reproduz, ainda, o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado, nas suas mais perversas versões. Essa epistemologia do norte, desta forma, é incapaz de visualizar as regionalidades do sul global:

Ao produzir, ao mesmo tempo que oculta, a linha abissal, as epistemologias do Norte são incapazes de reconhecer a distinção entre exclusões abissais (as que ocorrem no lado colonial da sociabilidade) e as exclusões não – abissais (as que

ocorrem no lado metropolitano da sociabilidade). Mais, elas concebem o Norte epistemológico eurocêntrico como única fonte de conhecimento válido, não interessando onde, em termos geográficos, o mesmo é produzido. Pela mesma bitola, o Sul, isto é, tudo o que fica do outro lado da linha, é o reino da ignorância. (SANTOS; MENDES, 2017, p.17).

Neste arremate final, vale a importante ressalva de que não se trata de demonizar a produção epistemológica do Norte global. A questão situa-se em desvelar a sua incapacidade e limitação para tratar de conflitos surgidos em um marco político, cultural, econômico e social diversos dos que lhes fundaram.

Da mesma forma, não se quer com isto, simplesmente desprezar qualquer utilidade da ciência penal eurocêntrica, muito pelo contrário, pois *as demandas políticas, as urgências, são nacionais ou regionais, mas a técnica de elaboração dos sistemas é universal, e nessa técnica a matriz alemã segue sendo fundamental* (ZAFFARONI, 2011, p. 45).

Porém, é preciso se reafirmar que a ultrapassagem deste pensamento colonizador, ciência penal eurocêntrica, depende fundamentalmente das epistemologias do sul, ancoradas nas experiências de resistências do sul “anti-imperial” e “epistemológico, não-geográfico” (SANTOS; MENDES, 2017, p.16). Somente estas experiências, mais próximas da nossa contextualização político, social e cultural poderão diminuir essa distância abrupta entre a realidade e o dever ser punitivo.

Nesse lineamento a proposição de um direito penal atrelado à função de contenção do poder punitivo, ao invés de uma elaboração teórica que busque simplesmente a reafirmação da vigência das normas com a propalada finalidade preventiva, nos parece muito mais adequada à nossa sociabilidade conflitiva, marcada pela indelével mancha de sangue do genocídio que vem sendo verificado no sistema penal. Uma via que poderá, quem sabe, nos levar a um espaço mais democrático, ou menos abusivo dos direitos fundamentais.

Inclusive, *a primordial tarefa política da ciência penal em nosso meio não é a de reafirmar a vigência das normas infraconstitucionais, mas a de descartar as grosseiramente ineficazes ou paradoxais, como modo de reafirmar a progressiva vigência das normas constitucionais* (ZAFFARONI, 2011, p. 45).

Em vista disso, uma intervenção penal que se autodenomine democrática - concretizadora das liberdades públicas - não pode escornar a contenção do poder punitivo como função prioritária dos seus agentes penais, sob pena, de uma profunda minimização da sua densidade democrática, tal qual hoje vivenciamos. Aliás,

quando os bens jurídicos ficam desprotegidos, o público enganado e o poder punitivo incrementado, é violada frontalmente a constituição porque (a) não se provê segurança, (b) se coisificam ou se mediatizam os seres humanos, (c) o princípio democrático é pervertido por enganação, (d) se colocam em perigo os

âmbitos democráticos, habilitando o abuso do poder punitivo, (e) se aprofunda a seletividade punitiva, (f) por fim, se obstaculizam o desenvolvimento social e o aperfeiçoamento institucional (ZAFFARONI, 2011, p. 44).

Outrossim, firme-se por relevância que a contenção punitiva, instrumento fulcral de um discurso penal pós - abissal, ligado efetivamente à nossa realidade social, cultural e política, somente ganhará condição real e concreta de operatividade, se voltar-se à realidade do Sistema Penal. Do contrário, isto é, a prevalecer o embuste; o discurso jurídico penal socialmente falso, continuaremos refugiados ao dever ser e esqueceremos do ser (ZAFFARONI; 2005a, p. 23).

Em outra pena: se quisermos de fato conter o poder punitivo e agregar densidade democrática ao nosso discurso jurídico criminal, temos que conseguir, como tarefa primeira, desvendar os bloqueios epistemológicos do Norte global que nos penumbra a visão; sejam os provenientes dos fluxos da racionalidade neoliberal – eficientismo - ou daqueles oriundos da racionalidade penal moderna – ideário prevencionista da pena.

Sem o cumprimento desta tarefa, dificilmente reduziremos o déficit ontológico que vem seguidamente acompanhando a nossa intervenção penal e bloqueando-a em sua necessária, porém ainda, ilusória concretização democrática.

6 - REFERÊNCIAS

BRITO, Carlos Ayres. YouTube.(2016, Abril 23). **Brazilian Conference 2016** - pausa democrática /freio

BARATTA. Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

CACICEDO, Patrick. **Pena e Funcionalismo: Uma análise crítica da prevenção geral positiva**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Pilhares, [1957] 2009.

CASARA, Rubens. **Estado Pós – Democrático**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CROUCH, Colin. **Posdemocracia**. Madri: Taurus, 2004.

CRUZ, Flavio Antônio. *Execução provisória da pena: algumas considerações sobre a ponderação do imponderável*. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/>>. Acessado em 06 de setembro de 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

ESTELLITA, Heloisa. *A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. v. 4, pp. 709/730, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2017.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MACHADO, Máira Rocha. *O estudo de caso na pesquisa em direito*. In MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, pp. 357/389.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna: o Público e os Direitos Humanos**. In **Novos Estudos**. N 68. Março 2004. São Paulo, pp. 39/60.

ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: A Ostentação do Horror**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da.; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENDES, José Manuel Mendes. **Demodiversidades Imaginar Novas Possibilidades Democráticas**. Lisboa: Almedina, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em <<http://icp.org.br/artigos/>>. Acessado em 26 julho 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito – Interpretação da lei, temas para uma reformulação**. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____ **El Enemigo em el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2007.

_____ **En Busca de Las Penas Perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 2005a.

_____ **Em Torno de La Cuestión Penal**. Buenos Aires: B de F, 2005b.

_____ YouTube. (2015, Novembro 03). **A importância da criminologia para o direito e processo penal**.

_____ A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro: Revan v. 17/18, 2011.