

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Antônio De Vasconcelos; Gustavo Noronha de Avila; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-435-8

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4.

Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No dia 20 de Julho deste ano, tivemos a oportunidade de coordenar os trabalhos deste grupo, em uma tarde ensolarada no Planalto Central. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como o depoimento especial, audiência de custódia, colaboração premiada, novas configurações da justa causa para a ação penal, controle de convencionalidade e o crime de desacato.

Também foram tratadas questões persistentes como o risco sociológico e os seus impactos dogmáticos, os critérios de aplicação do princípio da insignificância, a tutela penal do meio ambiente e do consumidor, o populismo punitivo, o crime político e a extradição, a criminalidade econômica, a exclusão social e seu papel no processo penal, além das demandas feministas em relação ao sistema punitivo e os gravíssimos problemas quanto ao sistema carcerário brasileiro.

A qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de um incompleto processo de conformidade constitucional de nossas normas (processuais) penais.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Brasília, 20 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (UFPB/Unipê)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar/UEM)

EXCLUSÃO SOCIAL E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL: POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS PELA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

SOCIAL EXCLUSION AND DEMOCRATIZATION OF THE DUE CRIMINAL PROCESS OF LAW: DAMAGE REDUCTION POLICY BY CONSTITUTIONAL FILTRATION IN FUNDAMENTAL RIGHTS

Emmanuella Magro Denora ¹
Fernando De Brito Alves ²

Resumo

O presente texto tem por escopo analisar sem pretensão de esgotamento, a questão da democratização do processo penal pela sua filtragem constitucional a partir dos direitos fundamentais e como o direito e o processo penal contribuem para manutenção de determinados grupos em exclusão social. Através do método dialético de análise revisional da literatura especializada da matéria, concomitante a dados de pesquisas carcerárias recentes, objetiva-se indicar a partir da problematização de democratização efetiva do sistema criminal, concluindo-se no sentido de que uma política de redução de danos responde mais adequadamente a necessidade democrática criminal brasileira.

Palavras-chave: Democratização do processo penal, Política de redução de danos criminais, Direitos humanos e processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this text is to analyze, without pretension of exhaustion, the question of the democratization of the criminal process by its constitutional filtering based on fundamental rights and how the law and the criminal process contribute to the maintenance of certain groups in social exclusion. Through the dialectical method of revisional analysis of the specialized literature of the subject, concomitant with data from recent prison investigations, it aims to indicate from the problematization of effective democratization of the criminal system, concluding in the sense that a policy of harm reduction responds More adequately the Brazilian democratic democratic need.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratization of the due criminal process of law, Criminal damage reduction policy, Human rights and due criminal process of law

¹ Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho (UENP); Advogada; Professora de Direito Constitucional, Processo Penal e Direito Penal.

² Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenador do Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica Stricto Sensu da UENP, Jacarezinho (PR).

1. INTRODUÇÃO

Ao se enfrentar a questão da constitucionalização processual penal, e sua conseqüente democratização, haja vista que ainda, não obstante suas várias reformas, utiliza-se o esqueleto de um código datado na década de 1940, deve-se alocar de partida naquilo que tem por referencial teórico a posição do Estado brasileiro a partir da leitura através dos Direitos Humanos, condição e prerrogativa básica de legitimidade e existência soberana, bem como significação hodierna pelo projeto de humanidade cidadã e sustentável ambicionada.

Isto estabelecido, denota-se que o processo em geral, sua garantia de existência, de acesso ao Judiciário, poder básico e constituinte do Estado, sinaliza que é também, através de si, uma forma de controle e garantia de liberdade, dever do Estado para se configurar democrático e como medida de autocrítica aos arbítrios decisórios dos demais poderes.

Portanto, o Judiciário, a quem designou-se a instrumentalização procedimental das leis, é (ou deveria ser) o poder contra-majoritário dos Estados democráticos, garantidores de Liberdade e da possibilidade de conter os arbítrios que o poder do próprio Estado é capaz, sendo o Judiciário o poder pensado para conter para conter os arbítrios de si e de seus tutelados.

Através do direito à ampla defesa, ao devido processo legal, do princípio do Estado de inocência, do juízo natural, bem como das garantias de Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Habeas Data, na condição de remédios constitucionais, o exercício de contenção do Estado abusivo fica previsto pelo próprio Estado, legitimando seu exercício através do Judiciário. Tais remédios estão localizados no núcleo petrificado de fundamentalidade não por menos: estão blindados de interveniências infraconstitucionais justamente porque protegem o direito do sujeito de sê-lo em liberdade sem intervenção abusiva do Estado, e, reitera-se, todos exercidos e declarados pelo e através do Poder Judiciário.

É este poder, corporificando o exercício de Justiça, que assume o condão constitucional de meio declaratório destes direitos, e mesmo, de concretude, quando ilegitimamente segregados. Daí o espanto que mesmo após 28 (vinte e oito) anos de vigência constitucional, continuamos discutindo questões de direitos humanos/fundamentais em suas bases, e como efetivamente pode-se haver o papel dos juristas na exclusão social, na manutenção do *status quo* ou mesmo, no acréscimo dos números excludentes.

A pergunta que se faz então é a seguinte: **como o processo penal contribui para a exclusão social?**

Para responde-la, por questões metodológicas, partimos dialeticamente de análise revisional da literatura especializada da matéria, casando-a com dados de pesquisas carcerárias recentes, com o escopo de enriquecer a problematização e contribuir com a possibilidade de uma resposta cientificamente adequada e humanamente satisfatória para tornar o Judiciário e todos os seus agentes (membros do Ministério Público, Defensores...), através do Direito e do Processo Penal, uma resposta prática o mais aproximada dos conceitos teóricos de Justiça que se busca.

2. PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Após a Segunda Guerra Mundial restou clara à comunidade internacional, diante das atrocidades e desqualificação do ser humano promovida pelo regime nazi-fascista, a necessidade de se determinar através de acordos entre os povos o reconhecimento e reconstrução de valores humanitários como paradigma e referencial ético para orientá-los, naquilo que veio a ser chamado de “Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Acreditou-se em decorrência de tais atos que parcela das violações cometidas a partir da Alemanha do período bélico poderiam ter sido prevenidas se houvesse um efetivo sistema internacional protetivo de direitos considerados basilares para a condição da vida humana (PIOVESAN, 2003, p. 30).

No Brasil, o assunto veio à tona com maior fôlego após a democratização, a partir de 1985, em um processo de transição lenta e gradual num cenário de consolidação democrática que culminou com a Constituição da República em 1988 (PIOVESAN, 2015, p.379). Deste modo, aquilo que internacionalmente se intitulou como Direitos Humanos, internamente vem a ser conhecido como Direitos Fundamentais, naquilo que se reproduziu nos dispositivos constitucionais, bem como naquilo que se recepciona domesticamente¹, e estes guardando uma posição de destaque dentro de nosso constitucionalismo, fazendo parte das cláusulas pétreas,

¹ Os Direitos Humanos firmados em Tratados internacionais, quando recepcionados pela lei doméstica, passam a integrar o corpo do que chamamos Direitos Fundamentais. Há discussão doutrinária a fim de estabelecer a mesma hierarquia normativa quanto à forma de recepção: se em quórum de emenda (como entende o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 5º§3º da CF) ou se automaticamente tão logo ratificados, por força do art. 5º §§1º e 2º, já alçando hierarquia de norma constitucional, de aplicabilidade imediata (PIOVESAN, 2003. p.44-48)

que limitadoras materialmente de modificação constitucional (art. 60 §4º e incisos da CR). Assim, a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais guarda uma relação intrínseca com a argumentação dos Direitos Humanos, bem como acolhe similaridades conceituais, guarda características em comum e em sua construção histórica e em dimensões se dá em concomitância, posto equivalentes.

Ao se referir sobre os Direitos Humanos numa perspectiva atual, Bobbio (2004, p. 203) fundamenta que

Estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.

De toda sorte que os direitos fundamentais se constroem conforme a humanidade, na condição de conjunto cidadão, percebe as condições necessárias para subsistir, em que há o reconhecimento da necessidade da fundamentalidade para tanto, desenvolvendo-se um complexo agregativo de direitos, a fim de respeito da dignidade e inclusão de todos.

No Brasil, a década de 1980 é um marco inegável para a democratização institucional formal dada sua conjuntura sócio-política que culminou com a batizada “Constituição Cidadã” – situação esta acompanhada em muitos regimes assemelhados pela América Latina – em que governos marcadamente autoritários e militarizados transitaram para governos civis democraticamente eleitos, o que tem reflexos diretos no sistema de justiça penal. A ligação entre democracia e justiça criminal se retroalimenta justamente porque quanto mais arbitrário e autoritário é o Estado, maior a relação e o tamanho de seu direito penal, por menor que se pretenda a intervenção econômica e mesmo em tutela e proteção de direitos sociais – e conseqüentemente menos respeitadas são as garantias processuais penais e os modos de execução penal, além do formato de políticas públicas criminais formatadas estruturalmente

com o escopo de manutenção de uma alegada e específica “ordem”, que tende a desumanizar o “outro”, o “diferente”.

Neste sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2005, p. 212-241) nos diz que

Hoje o indicador mais utilizado para medir o nível de uma democracia é a defesa dos direitos humanos, entre eles a liberdade humana (integridade física dos indivíduos, primazia do Direito, liberdade de expressão, participação política e igualdade de oportunidades) e os direitos políticos e as liberdades civis. Alguns destes direitos estão intimamente relacionados à administração da justiça, como a igualdade perante a lei, acesso a um poder judicial imparcial e independente, proteção contra detenções arbitrárias e tortura, mecanismos de controle contra a corrupção. A transição democrática é o processo que abarca uma liberalização política, que envolve o aumento do pluralismo político, a tolerância à oposição e o respeito às liberdades públicas do regime e sua democratização, o que envolve a participação popular, direta e/ou indireta, nas tomadas de decisões. Este processo não é linear e pode ser prejudicado por resquícios do regime anterior.

Por sua vez, Débora Pastana (2009), ao pesquisar sobre a justiça penal autoritária e o Estado punitivo existente em democracias tardias como se trata de nossa República, em que o projeto liberal econômico global chega vestido de neoliberalismo como uma tendência a ser aplicada, e a relação disso com a concretização e tutela democrática, constata que ainda que a produção acadêmica e o discurso entre os profissionais do Direito afirmem a democratização do sistema criminal, em sua prática há uma enorme resistência jurídica em assumir que há responsabilidade política e reflexos na prática criminal e decisões proferidas, e a implicação disso na consolidação democrática. Continua, citando que

Aqui vale a inquietação de Quartim de Moraes (2001, p. 16): “Se há tantos ‘democratas’, por que há tão pouca democracia?”. Certamente porque no cotidiano jurídico o significado do termo “democracia” ou foi reduzido ou adequou-se aos interesses liberais. Aderindo ao projeto de “Estado Mínimo”, no que se refere à gestão econômica, o Brasil adotou o que Lamounier e Souza (2006, p. 48) denominaram “democracia tutelada”. Segundo os autores, para orquestrar o desmanche estatal sem contestações políticas capazes de reverter o processo, o Estado “testa até o limite o regime democrático, mas não o

suprime em termos estritamente legais”. Além disso, todos os problemas resultantes dessa desregulamentação, como a precarização das relações de trabalho, o desemprego e a dificuldade de acesso aos serviços essenciais, que levam invariavelmente ao aumento da criminalidade, não são solucionados, e apenas a consequência torna-se questão emergencial. Assim, observa-se o endurecimento das medidas repressivas, “justificado pela retórica de ‘defesa interna e externa’ da nação”, retórica esta que visa silenciar os críticos. Sob esse prisma, materializa-se a figura do “Estado punitivo”, que, nas palavras de Loïc Wacquant (2001, p. 7), caracteriza-se por diminuir suas prerrogativas na frente econômica e social e por aumentar suas missões em matéria de segurança, “subitamente relegada à mera dimensão criminal” (...) Nesse sentido, ficam cada vez mais evidentes as posturas autoritárias que, atreladas ao liberalismo contemporâneo, vêm sendo incorporadas pelo Estado brasileiro e articuladas, também, pela Justiça Penal.

Naquilo que cabe necessariamente ao direito processual penal, temos que o discurso, de direitos humanos/fundamentais tende sempre a balizar a retórica argumentativa na pesquisa, sendo a base teórica, mesmo por sua alocação constitucional (observar-se-á que a principiologia processual penal encontra-se [mas não se esgota] a partir da seleção de incisos do artigo 5º da Constituição da República).

E mesmo com toda a positivação e a extensão de trabalhos acadêmicos afirmando a atenção democrática dadas a tais garantias, quando se observa os dados de encarceramento no país, percebe-se que se continua a prender² e tende-se a manter preso³ massivamente sujeitos em sua maioria negra e advinda das classes sociais menos privilegiadas. Prende-se muito e prende-se inconstitucionalmente, travestido de uma legalidade duvidosa e de fundamentação genérica que esconde-se sob a “ordem pública” ou “interesse processual”, além da abusividade

² Conforme aponta a pesquisa, datada de publicação em 2015, a comunidade carcerária aumentou 74% em 07 (sete) anos. Nunca prendeu-se tanto como atualmente, e continua-se prendendo a tradicional “clientela” do direito penal. Relatório da pesquisa pode ser consultado pelo link: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1> Acesso em 30/11/2016.

³ Como aponta pesquisa de 2015, “*Liberdade em Foco*”. Demonstra-se através dos dados colhidos que a utilização das prisões processuais como antecipação de pena são a regra, e não a exceção. Os presos processuais são em sua maior parte jovens (mais de 57% entre 18 e 24 anos), negros (66%) e pobres (42% com renda entre um e um salário mínimo e meio), com baixa escolaridade (46% cursaram até o ensino secundário) e sem antecedentes criminais (58,3%). O relatório da pesquisa pode ser consultado pelo link: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/b2804d08fdd64208f0a9e0b9de676f5f.pdf> Acesso em 15/12/2016.

da acusação para aumento virtual da pena (lesão corporal leve pode [e costumam] ser denunciada pelo Ministério Público – e recebida pelo juízo – como tentativa de homicídio em função da pena aplicável em abstrato para configurarem as hipóteses de prisão processual, por exemplo), que afetam devido à fatores sociais e históricos, as camadas menos favorecidas quanto classe social bem como à comunidade negra.

Uma leitura garantista e constitucional do processo penal faz-se em urgência, porém não apenas uma leitura, mas também uma prática, mesmo porque novos grupos de exclusão por criminalização secundária passam a surgir, como é o caso do encarceramento de mulheres (negras, pobres, e associadas aos parceiros em situação de prisão, em sua maioria)⁴.

Giacioia (2013) já nos advertiu que

É possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores, como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades característica do mundo moderno - que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna. (...). Mas, é preciso prosseguir, de qualquer forma, perseguindo seu real e mais abrangente sentido, qual seja o de valorizar a pessoa humana na esfera de sua majestade moral.

Deste modo, o processo penal encontra sua base principiológica no âmago do art. 5º da Constituição da República, como já observado.

Temos assim a disciplina constitucional da garantia do juiz natural (art. 5º, LIII), do devido processo (art. 5º, LIV), do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV), da inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º. LVI) da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX) e da fundamentação das decisões (art. 93, IX), cuja instrumentalidade é definida pela estrutura do direito material que lhe dá subsistência. A instrumentalização do processo penal tem por objeto **limitar o poder punitivo do Estado** e garantir os direitos do

⁴ De acordo com pesquisa conduzida pelo Ministério da Justiça, enquanto a população prisional masculina cresceu em 70% no mesmo período, a feminina cresceu em 146%, passando a se tornar um novo “fenômeno” de encarceramento, e conseqüentemente um novo problema, devido à não condição do sistema de absorver população com necessidades de gênero específicas, posto que a prisão não fora pensada para as necessidades desta “minorias”. Mais informações na pesquisa, com acesso pelo link: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> Acesso em 30/11/2016.

pólo débil da situação processual penal, que nos casos de processo de cognição, é o réu, e em processo de execução, o condenado (CARVALHO, 2013, p. 65).

Ao arrolar as características do estado punitivo que acontece no Brasil, Débora Pastana (2009) observa que nosso legado de autoritarismo e de pouca resistência e exercício de cidadania facilitou, em grande medida, a adequação ao projeto liberal, no fim dos anos 1980, que ficam ainda mais agressivas numa realidade social como a brasileira, em que há severas desigualdades sociais advindas da historicidade e conjuntura governamental, porque rejeita o Estado para o fomento de políticas sociais de redução de desigualdades econômicas, mas aceita e fomenta que o Estado criminalize e tutele através do Direito Penal tais desigualdades, criminalizando-as e as formatando como crime. Afirma o descaso das autoridades em geral com as garantias formais constitucionais, e que o controle formado pelo ordenamento jurídico quanto aos conflitos sociais geram um círculo vicioso produtor de insegurança popular à violência que clama por imbuir de legitimidade os apelos de maior repressão estatal – aceitando-se inclusive que o venha de forma autoritária.

Destaca a autora que efetiva-se uma atuação simbólica, no sentido de que,

Sem alterar os ritos democráticos, o controle penal expande-se através da edição interminável de leis penais que incriminam novas condutas e do tratamento cada vez mais severo e seletivo destinado ao infrator. Isso significa dizer que o sistema penal brasileiro caminha, atualmente, menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal, entre outras medidas igualmente severas. (...) Para Nilo Batista (2000, p. 107): “Uma das características dos novos sistemas penais do empreendimento neoliberal consiste numa radical transformação nas finalidades da privação de liberdade, que passam daquilo que Zaffaroni chamou de ‘ideologias re’ (reinserção social, recuperação laborativa, redisciplinamento etc.) a uma assumida técnica de neutralização do condenado”. Assim, imbuída do compromisso de extirpar o crime, nossa Justiça Penal luta contra a impunidade, aniquilando, na maioria das vezes, o criminoso condenado. Agindo dessa forma, acaba contribuindo para o aprofundamento das tensões, uma vez que reproduz as relações de desigualdade e dominação.

Assim, delimitamos que democracia e processo penal (e direito penal e execução penal bem como as políticas criminais que refletem nessa atuação legal e prática) caminham juntos, na medida de que quanto menos democrático, menores as liberdades dos sujeitos, e maior a criminalização de bens jurídicos de toda sorte, elegendo-se fatos do cotidiano como fatos típicos com maior amplitude, bem como maior o alcance do poder punitivo estatal, do estado de polícia, e menores as garantias civis individuais. Não por coincidência quando do decreto do AI-5, entre outras medidas autoritárias, suspendeu-se o direito de *Habeas Corpus* para, na prática, quase todos os tipos de crime até então tipificados.

Ter a percepção de que o Estado é também uma novíssima forma de movimento social é uma leitura sofisticada da democracia em si também como um direito fundamental, por isso pétreo, defendida por Fernando de Brito Alves (2013), em definição e adequação conceitual à necessidade de países de modernidade tardia, situados perifericamente às doutrinas euro-americanas e que são tomadas por base para a construção fundamental das estruturas de representação política.

Defende que do ponto de vista político, a democracia hodierna é apta a subverter a lógica do sistema de classe e assegurar um conjunto de instituições com verdadeiro potencial emancipatório, sendo a democracia contemporânea que demarca, em amplo contexto, as garantias institucionais que tornam aptas a ocorrência de direitos fundamentais, sendo a própria democracia, assim, um direito fundamental. Alega que é possível contrapor a filosofia da libertação de Dussel, à filosofia de Rawls e Dworkin, porque a filosofia da libertação constitui uma espécie de interpretação abrangente e complexa a partir das perspectivas dos oprimidos, com caráter pragmático contrário às práticas de opressão e exclusão (ALVES, 2013, p. 121). Considera, por fim, o Estado como um novíssimo movimento social pelo protagonismo no que tange à inclusão de minorias e grupos vulneráveis, ainda que o protagonismo venha a ser da sociedade civil e dos movimentos sociais (ALVES, 2013, p. 323).

3. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA E EXCLUSÃO SOCIAL: POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

O Direito Penal, enquanto desigual em si como projeto e promotor de desigualdade enquanto matéria e forma, com o encarceramento massivo da pobreza, serve para fins

declarados (reinserção social do criminoso, reeducação intensiva pela pena, etc), e para fins não declarados - porque “escondidos” na fachada das declarações oficiais do poder estatal, reproduzidos extensivamente de forma a banalização criminal e a partir da criação da falsa sensação de segurança através do direito penal. Esses fins não declarados importam na pesquisa, porque utilizam o direito penal como meio de legitimação de discurso não assumido e não revelado, segregador de classe e promotor de estigmatização do diferente.

O Direito Penal se relaciona à desigualdade social na medida que se percebe que este, bem como o Sistema de Justiça Criminal, possuem significação política no controle social realizado, implicando-se nas funções reais desse setor do direito.

A **criminalização primária** é realizada pelo Direito Penal ao definir tipos criminais e suas respectivas penas, e a **criminalização secundária** é realizada pelo sistema de Justiça Criminal, uma vez que a devida aplicação e execução de penas criminais garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p.5).

Quando se elege determinadas definições de crime e pena, compromete-se também com a eleição de supostos valores a se proteger. Juarez Cirino dos Santos (2012, p.5) trata que

Mediante as definições de crimes e cominações de penas, o Legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social [...]. As definições de crimes fundados em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, os indivíduos pertencentes às classes e aos grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal. [*grifos do autor*]

E conseqüentemente

O Sistema de Justiça Criminal realiza a *função declarada* de garantir a ordem social *justa*, protegendo bens jurídicos *gerais* e, assim, promovendo o *bem comum*. Essa *função declarada* é legitimada pelo discurso oficial da *teoria*

jurídica do crime, como critério de racionalidade construído com base na lei penal, e pelo discurso oficial da *teoria jurídica da pena*, fundado nas funções de *retribuição*, de *prevenção* e de *prevenção geral* atribuídas à pena criminal.
[grifos do autor]

Tal se engendra devidamente orquestrado a ponto de que os atores jurídicos não se percebam como movimentadores da máquina do *status quo* para a manutenção da exclusão intrínseca e necessária como subproduto da forma de dominação social que se é dada, e a criminalização secundária se efetiva na ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (enquanto a primária é em abstrato), ocorrendo quando os órgãos estatais detectam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a persecução penal. Possui duas características destacadas: (a) seletividade e (b) vulnerabilidade; pois há tendência de ser o poder punitivo exercido sobre pessoas previamente escolhidas em face de suas condições já em exclusão.

Tal fenômeno guarda relação e é explicado com o movimento criminológico conhecido como *labeling approach* (teoria da rotulação ou do etiquetamento): aqueles que integram a população criminoso são estigmatizados (rotulados ou etiquetados) como sujeitos contra quem normalmente se dirige o poder punitivo estatal, mantendo assim o ciclo de exclusão em relação às minorias.

Sérgio Salomão Shecaira (2012, p.254) nos aponta que

A partir do *labelling* que a pergunta feita pelos criminólogos passa a mudar. Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade? Ou ainda, nas argutas observações de Kai T. Erikson, a demonstrar quão relativas são as condutas humanas e as reações a essas condutas; alguns homens que bebem em demasia são chamados de alcóolicos, outros não; alguns homens que se comportam de forma excêntrica são chamados de loucos e enviados para manicômios, outros não; alguns homens que não têm meio aparente de subsistência são processados em um tribunal, outros não. A sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste.

As criminalizações – primária e secundária – são frutos de algo ainda maior, qual seja, uma política criminal imaginada estruturalmente para manutenção deste sistema perpétuo de dominação de minorias. Política criminal, portanto, como o conjunto de métodos, objetivos, e resultados pretendidos sistematizado pelo Estado ao emparelhar seus agentes na aplicação e seleção das normas penais.

Observada pela teoria crítica criminológica, que possui suas bases na crítica acerba às posturas tradicionais da criminologia do consenso, incapazes de compreender a totalidade do fenômeno criminal, cuja premissa é ancorada no pensamento marxista entendendo o delito como fenômeno dependente do modo de produção capitalista, sendo a lei penal uma estrutura (ou superestrutura) dependente do modo de produção (SHECAIRA, 2012, p. 282-283).

Assim, política criminal aqui está entendida através das quatro premissas apontadas por Baratta (BATISTA, 2002, p.36-39), de que: (a) numa sociedade de classes a política criminal não deve quedar-se reduzida a uma política penal que limita o Estado enquanto cumpridor de função punitiva (sem ressalvas para paliativos de medidas despenalizadoras/substitutivos penais), visto que uma política criminal numa sociedade de classes deve estruturar-se enquanto meio transformador da sociedade; (b) a partir da premissa de que o direito penal é um direito desigual e estigmatizante, em que deve-se observar a tutela penal em criminalidade que afetem interesses essenciais para a comunidade (crimes econômicos, financeiros, contra a saúde pública, etc) e por outro lado um necessário minimalismo penal, com o escopo de ruir a truculência do Estado, descriminalizando fatos típicos de concepção autoritária e ética; (c) dado o fracasso dos fins declarados da prisão e suas funções de controle de criminalidade, a abolição da pena privativa de liberdade e métodos de desencarceramento enquanto alternativa penal; e (d) contra o processo ideológico desenvolvido em torno da opinião pública, que legitima esse direito penal desigual com procedimentos de alarme social e campanhas de manipulação reprodutora de falsa reprodução de solidariedade social, a proposta de Baratta é uma luta em produção científica e de informação através de desenvolvimento de uma consciência no campo das condutas desviantes da criminalidade.

A separação especial forçada do “indesejado” promovida por meios estatais é um componente histórico cujo significado em perpetuação forçada de isolamento, ainda que mantida como tal, responde a diversas necessidades de acordo com o que vem a ser requerido pelas leis de mercado e implicações humanas advindas do movimento global do que convencionou-se a chamar de “globalização”. Cada Estado responde em conformidade a sua

tradição e possibilidade e aceitação, mas em linhas gerais, Bauman (1999, p. 115-116) observa que é possível

Reverter a conexão e concluir que a separação espacial que revigora esse jugo é ela mesma um importante recurso para prolongar e perpetuar esse mútuo isolamento no qual as operações de subjugação e também o impacto submissor da lei criminal se tornam um *must*. O outro – lançado numa condição de forçada estranheza, guardada e cultivada pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido a distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico – é além disso mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única coisa que poderia impedir a estereotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjugador da lei – também da lei criminal.

Quando se fala em políticas públicas, trata-se necessariamente de promoção através do Estado de ações afirmativas com o escopo de inserir e promover condições de igualdade material àqueles historicamente desprestigiados e que continuam a sê-lo nas conjunturas de democracias formais e simbólicas promovidas pelas políticas neoliberais propostas.

Sejam em Estados em que o Direito Penal é mais ou menos aplicado, Thomas Mathiesen, citado por Bauman (1999, p. 118-120), criminólogo e sociólogo do Direito, um dos representantes do abolicionismo carcerário, afirma após minuciosa pesquisa, que a prisão jamais reabilitou ou reintegrou os sujeitos a quem submete, mas “prisonizou”, no sentido de que faz os detentos adquirirem a organização e hábitos do espaço de confinamento, o que difere absolutamente da esfera de sociedade do “lado de fora”.

Numa visão de vanguarda do papel democrático do próprio Estado como um ente vivo e em si cidadão, pensar sobre políticas criminais nesse cenário é se vincular com sua justificativa acima apontada, ciente de que as justificativas declaradas da pena não satisfazem num regime de direitos humanos, num cenário de respeito aos direitos e garantias individuais das pessoas, e se comprometer a um papel realista de redução de danos estatal, por isso então uma política criminal de redução de danos como integração a um direito penal mínimo efetivo, considerando-se as exigências de uma realidade em democracia tardia como a brasileira.

4. CONCLUSÃO

O objetivo deste breve estudo foi tão somente buscar a identificação de uma questão da qual o Judiciário e seus agentes, de modo geral, tem contribuído para a significativa acentuação, qual seja, os meios de exclusão social das minorias historicamente desprivilegiadas através do aparato estatal, dando-se formato de ato legítimo à segregação através do processo penal daqueles “socialmente indesejáveis”. Negros, pobres, agora também mulheres (acentuada pelo recorte de raça e classe) são ainda a quem o processo penal presta para atingir.

Aqui, é muito atual a crítica dos criminalistas, embasados em Foucault (2000), de que o sistema social que se tem é baseado nas relações de poder e dominação, demandando sujeitos economicamente viáveis e socialmente dóceis, mantendo-se vigiado pela estrutura de educação dos corpos. Sair dessa estrutura implica adentrar à tutela da punição, quando se faz presente e necessária a utilização do processo penal.

A constatação da utilização do processo e do direito penal como segregatório e descumpridor de direitos fundamentais, sobretudo em sede de execução penal, não é uma negação de sua necessidade de existência, mas a sugestão de que tal procedimentalização seja de fato mínima. Tornar o processo penal garantista de fato é razão de se pedir pela filtragem constitucional máxima das prerrogativas processuais que se observa, tornando efetivamente o aprisionamento (seja processual, seja em execução) de fato a exceção. Uma teoria sem prática é inócua, por tal se pleiteia uma prática tribunalesca que seja compatível com prerrogativas democráticas e liberais, de direitos fundamentais basilares.

Considerando o Estado como novíssimo movimento social e promotor de políticas públicas e ações afirmativas de inclusão, é também seu papel possibilitar que as estruturas garantidoras de um mínimo existencial de dignidade humana – fundamento de ser dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sejam sociais – tenham por característica relevante a percepção de que pelo processo penal as useiras práticas repetitivas do discurso pelo discurso está mais do que datado e impossibilitado.

Muito se escreve sobre tratamento digno e reconhecimento de que a regra é a liberdade, mas na prática jurídica cotidiana os tribunais têm reafirmado sua condição de efetivo desrespeitador dos direitos humanos, negando solturas processuais e perpetuando estigmatizações através de criminalização secundária, mantendo sob a tutela do Estado sua “clientela” tradicional, cuja ausência de políticas públicas de base implicam em presença de

estado penal máximo, que reiteram o ciclo de reafirmação de problemática social excludente ao perpetuar tal práxis e através do processo penal servir também de agente da mesma.

Deste modo, devemos indubitavelmente passar a pensar sobre políticas públicas que amenizem os danos causados inclusive pelo próprio Judiciário, que pensado como poder contra majoritário acaba por repetir violações aos direitos humanos e mesmo, a partir das exceções prisionais, torna-la regra, respaldado em mandamentos legais irresponsáveis e operadores jurídicos desconexos e distantes das realidades sociais para quem e por quem atuam, sendo assim também mais um fator para exclusão social perpetuado, tornando o processo penal meio oficial de tal ao deixar de reconhecer direitos fundamentais e agir como formalmente legítimo, ainda que materialmente desatento à Constituição.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *CONSTITUIÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. CRIMINALIDADE E JUSTIÇA PENAL NA AMÉRICA LATINA. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 212-241. < <http://www.seer.ufrgs.br/sociologias/article/viewFile/5510/3141> > Acesso em 20/maio/2017.

BATISTA, Nilo. *INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO*. 8ªed. Rio de Janeiro. Revan: 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *GLOBALIZAÇÃO: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro. Zahar: 1999.

BOBBIO, Norberto. *ERA DOS DIREITOS*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO, Salo de. *ANTIMANUAL DE CRIMINOLOGIA*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *MANUAL DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL*. 2ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial (ICPC), 2012.

FOUCAULT, Michel. VIGIAR E PUNIR. 26ª ed. São Paulo: Vozes, 2000.

GIACCOIA, Gilberto. JUSTIÇA E DIGNIDADE. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86> Acesso em: 01/Outubro/2015.

LOPES JR, Aury. DIREITO PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre: Lumen Juris: 2009.

PASTANA, Débora. JUSTIÇA PENAL AUTORITÁRIA E CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PUNITIVO NO BRASIL. Revista de Sociologia e Política v. 17, n. 32. p. 121-138. Fev. 2009. < <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/71206/S0104-44782009000100008.pdf?sequence=1> > Acesso em 20/Maio/2017.

PIOVESAN, Flavia. TEMAS DE DIREITOS HUMANOS. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. TEMAS DE DIREITOS HUMANOS. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. CRIMINOLOGIA. 4ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Dados Mapa do Encarceramento, < <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1> > Acesso em 30/Novembro/2016.

Dados Pesquisa sobre Encarceramento Feminino, < <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> > Acesso em 30/Novembro/2016.

Dados Pesquisa *Liberdade em Foco* < <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/b2804d08fdd64208f0a9e0b9de676f5f.pdf> > Acesso em 15/Dezembro/2016.