



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS CÉSAR CARQUEIJA JÚNIOR

**O JULGAMENTO PELO STF DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO PARA A
DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL**

Salvador
2020

O JULGAMENTO PELO STF DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO PARA A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS CÉSAR CARQUEIJA JÚNIOR

**O JULGAMENTO PELO STF DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO PARA A
DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Jeovana Assis e Carlos Carqueija, por todos os ensinamentos e esforços responsáveis por me trazer até aqui. Hoje, ao terminar um trabalho de conclusão de curso que muito tem a ver com a minha vida e a forma de me portar no mundo, não poderia deixar de agradecer e fazer valer a pena todos os esforços lutando por um mundo mais justo.

À minha irmã, Wendy Carqueija, que me inspira todos os dias da minha vida. Aliás, foi quem foi inteiramente responsável por me aventurar, tão novo, na seara do direito. Por todas as discussões garantistas e abolicionistas, agradeço imensamente e fico na esperança de que um dia ela e todos nós possamos não encarar mais a punição como o meio adequado a resolver conflitos.

Ao meu irmão, Jeocarlos carqueija, aos meus cunhados, Silvia do Carmo e Lindenberg Baião, e sobrinhas, por todo o trabalho e luta diária realizados, bem como por todas as nossas discussões, sempre em busca de um mundo melhor e mais justo, e noites felizes.

Ao meu querido parceiro e amor, Rafael Menezes, pelo companheirismo de todos esses anos e pelas conversas acalentadoras nesse mundo onde se reina o ódio.

A todos os meus amigos de jornada, da Faculdade Baiana de Direito e da Defensoria Pública da União, por todas as conversas, risadas e momentos felizes que passamos juntos. Em especial, o meu muito obrigado a Camila Spósito, Maiara Cruz.

A todos os professores da FBD, em especial Daniela Portugal e Geovane Peixoto, os quais foram responsáveis pelo início da minha jornada nos estudos abolicionistas.

Gratidão.

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”

(Fernando Birri, citado por Eduardo Galeano)

RESUMO

Recentemente o Supremo Tribunal Federal se deparou com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, de número 347, que visava a declaração do Estado de coisas inconstitucional, igualmente já fora decretada em outros países latino-americanos. Essa ação brasileira tem como fundamento a situação caótica do sistema carcerário brasileiro, trazendo diversos pedidos para amenizar e humanizar a realidade prisional brasileira. Entretanto, nós utilizaremos essa ação como fundamento para reafirmar a deslegitimação do sistema, tendo em vista a própria admissão pelo judiciário de conhecimento da situação narrada na ação, bem como demonstrar que a negligência das agências judiciais faz parte do modus operandi do sistema penal. Isso porque a deslegitimação do sistema penal tem como fundamento características inerentes desse sistema, mas também característica que são típicas de sistemas penais marginais, como o brasileiro. Ao tratar da deslegitimação do sistema penal, falamos sobre as correntes que legitimam o sistema posto, afirmando que ele previne condutas criminosas e pautando que os sujeitos que cometem crimes merecem a punição do Estado, mesmo que isso implique em perda da dignidade, como demonstra a ação em comento. Por outro lado, abarcaremos também as teorias que deslegitimam o sistema penal, quais sejam, as minimalistas e abolicionistas penais, falando sobre a possibilidade de convergência entre elas e os pontos divergentes. Diante do confronto entre legitimadores e deslegitimadores, adotaremos as correntes que achamos mais adequadas à resolução dos conflitos e aplicaremos enunciaremos noções gerais sobre a aplicação desta teoria à realidade brasileira, explicando o porquê de termos a necessidade de mudança na forma de resolver conflitos no Brasil e, ainda, quais os possíveis benefícios advindos com essa mudança.

Palavras-chaves: Estado de coisas inconstitucional; deslegitimação do sistema penal; abolicionismos penais; minimalismos penais; sistema carcerário brasileiro.

Lista de abreviaturas:

ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental

CCC – Corte Constitucional Colombiana

ECI – Estado de coisas Inconstitucional

LEP – Lei de execuções penais

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 CONDIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DO E.C.I.

2.2 O RECONHECIMENTO DO E.C.I PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS COLOMBIANA E PERUANA

2.3 O JULGAMENTO DA ADPF 347 PELO STF E O RECONHECIMENTO DO E.C.I NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3 A (DES)LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

3.1 MOVIMENTOS LEGITIMADORES DO SISTEMA PENAL

3.2 MOVIMENTOS DESLEGITIMADORES DO SISTEMA PENAL

3.2.1 Minimalismos

3.2.1.1 Minimalismo como um fim em si mesmo

3.2.1.2 Minimalismo como um meio para o abolicionismo penal

3.2.2 Abolicionismos

4 O E.C.I NO BRASIL E A CONSEQUENTE DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

4.1 O FRACASSO DO EFICIENTISMO PENAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.2 AS CORRENTES MINIMALISTAS DESLEGITIMADORAS E ABOLICIONISTAS COMO RESPOSTA À REALIDADE BRASILEIRA

4.3 O JULGAMENTO DO E.C.I COMO DEMONSTRAÇÃO DOS OBJETIVOS DECLARADOS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa a elucidação do que é o Estado de coisas inconstitucional, versando sobre os países em que já foram proferidas decisões reconhecendo esse status a determinadas situações e a análise comparativa entre as decisões desses países com o que se tem até então sobre as decisões proferidas no Brasil.

Veremos que as decisões proferidas que admitiram o Estado de coisas inconstitucional no Peru e na Colômbia versavam, ao menos alguma delas, sobre o sistema carcerário brasileiro e a consequente tentativa de solucionar um problema que atinge diversos países latino-americanos.

Nesse sentido, no Brasil, a ADPF 347, proposta pelo PSOL, buscou também a decretação do ECI diante dos acontecimentos existentes no nosso sistema carcerário, os quais, aliás, são de conhecimento do próprio Poder Judiciário, o qual, vale dizer, tem competência para fiscalizar e tomar medidas, sejam elas preventivas ou repressivas, no sentido de que não mais aconteçam essas violações.

As violações em que se pautam o ECI brasileiro, como falado, também são referentes ao sistema carcerário. Nesse contexto, as penas, que deveriam ter caráter ressocializador, em verdade, servem para retirar dignidade de sujeitos que ali vivem.

Além disso, os acontecimentos presentes nos presídios brasileiros há muito tempo deixaram a seara do aceitável e digno. A falta de comida, água, materiais de higiene, bem como os assassinatos ocorridos dentro desse ambiente já são sentidos e vistos por todas as pessoas e entidades brasileira.

Nos mesmos moldes de outros países, o Brasil foi pelo caminho do Judiciário, para que este tome providência no sentido de amenizar as dores e sofrimentos causadas pelo sistema carcerário, coadunando assim com preceitos constitucionais como dignidade da pessoa humana, bem como não infringindo mandamento que proíbe expressamente penas cruéis.

Veremos, portanto, as decisões interlocutórias e, ainda, enunciaremos as nossas esperanças diante desse julgamento tão aguardado, vez que um das características dos direitos que são tratados aqui é justamente a ausência de interesse legislativo em tomar medidas, visto que as pessoas que são titulares deles,

na verdade, são invisibilizadas, já que não votam e, portanto, não tem voz, ou seja, muitas vezes, não importa para os legisladores.

Algumas outras vezes, na verdade, como veremos, a população carcerária brasileira serve de palanque político para que se pugne por penas mais duras e cruéis. Desse modo, após analisar as ações de descumprimento de preceito fundamental, abarcaremos as teorias do sistema penal, ao tratar de sua (des)legitimação.

Explicaremos, assim, os fatos e fundamentos que permeiam a legitimação do sistema penal, tendo como pilar a ideia de prevenção e retribuição, e veremos que essas correntes buscam afirmar o direito penal como forma de resolução de conflito plausível.

Por outro lado, haverá, ainda, as correntes que pregam a deslegitimação do sistema penal, dentre elas falaremos de abolicionismos minimalismos, os quais, aliás, jamais devem ser enxergados como correntes de pensamentos unívocas, visto que dentro das próprias doutrinas há caminhos diversos.

Portanto, há sempre de se considerar minimalismos e abolicionismos como plurais, sendo que precisamos ter o cuidado, ainda, de não colocarmos como opositores, vez que, em verdade, eles podem convergir, a depender do seu horizonte.

As correntes minimalistas serão abarcadas ainda de forma que se tenha a sua subdivisão em legitimadoras e deslegitimadoras, sendo estas próximas às linhas abolicionistas, e aquelas mais próximas às linhas efficientistas, buscando a reafirmação do sistema penal.

Traremos, ainda, as linhas abolicionistas, com as suas pautas cotidianas de solidariedade e de encarar a realidade como ela é, e não de forma inventada. Dessa forma, aduziremos as bases abolicionistas de solidariedade e busca por formas de resolução de conflitos mais eficazes.

Além disso, falaremos, ainda, das críticas às teorias expostas, sendo o minimalismo como forma de relegitimar o sistema, a depender da sua vertente, e o abolicionismo chamado de utópico por alguns autores que não acreditam na sua eficácia.

Mostraremos as respostas dos autores abolicionistas para aqueles que acham que essas teorias são pautadas na utopia e ilusionismo.

Por fim, teremos o fulcro de demonstrar a relação que tem o julgamento do ECI no Brasil com a consequente demonstração cabal da deslegitimação do sistema penal e qual seria a forma mais adequada de resolver o problema brasileiro de quebra de direitos e garantias penais e processuais penais.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de coisas inconstitucional (ECI) tem origem em decisões da Corte Constitucional Colombiana e constata uma série de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Além disso, tem como objetivo buscar meios para que tenhamos a superação do quadro lamentável em questão que gerou as decisões (CUNHA JÚNIOR, 2016, p.1). Com isso, de maneira geral, estamos diante de violações sistemáticas de direitos fundamentais, de onde se busca soluções também estruturais, pois se está diante de situações graves e contínuas de inconstitucionalidade praticadas por diversos órgãos do poder público contra populações vulneráveis.

É importante dizer que o judiciário colombiano, na sentença T025/2004, a qual iremos analisar em momento oportuno, reconhece uma série de violações generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas e convoca os diversos órgãos responsáveis para que, diante de tais violações, adotem medidas que solucionem o problema. Assim, declara-se o Estado de coisas inconstitucional.

Analisaremos as condições para a implementação deste tipo de ação e os seus desdobramentos para o sistema penal brasileiro. De início, nos cabe salientar que o modelo de sistema penal brasileiro preocupa pela sua inefetividade flagrante. Para isso, será necessária a análise do Estado de coisas inconstitucional, do sistema penal e das linhas argumentativo-teóricas como respostas a uma possível deslegitimação do sistema penal em si.

Dentro dessas linhas teóricas, iremos discutir vertentes abolicionistas, minimalistas e, ainda, efficientista. No entanto, desde logo, cabe salientar que esse tipo de ação, que já tramitou em diversos países, inclusive no Brasil recentemente, tem o fulcro de constatar uma inconstitucionalidade operante dentro de um país, portanto algo que vai de encontro à ordem constitucional vigente.

Diante dessa inconstitucionalidade flagrante, há de se entender que há uma incongruência entre o ordenamento constitucional pátrio e o modelo que vige de fato nos sistemas, sejam eles penais ou não. Sendo assim, a ação que visa deflagrar o Estado de coisas inconstitucional tem exatamente essa ideia de constatação do momento de incongruência.

Ademais, de início, devemos nos atentar acerca do constitucionalismo, o qual consiste numa limitação de poder e garantia de direitos individuais, sendo definido pela consagração de uma constituição que assegure direitos e defina deveres, limitando, assim, o poder político (MAYER e DE MORAES, 2017, p. 168). Desse modo, devemos, então, entender esse poder limitador e moderado estabelecido pela constituição, como forma de analisá-la como instrumento capaz de assegurar direitos de minorias, bem como ter um caráter que promova a inclusão social. Passaremos, então, a analisar o ECI em linhas gerais.

Segundo George Marmelstein (2015, p.242-244), a primeira decisão sobre o tema foi a SU 559/97, onde, no caso concreto, diversos professores foram excluídos do *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, mesmo pagando as respectivas contribuições. Diante disso, a Corte Constitucional Colombiana constatou o Estado de coisas inconstitucional, sendo imperativo a criação de algum remédio administrativo para que se evitasse a utilização excessiva da ação de tutela.

Em 1998, a corte constitucional da Colômbia trouxe o conceito de Estado de coisas inconstitucional na sentença T 068/1998, onde alguns segurados da previdência alegavam demora na apreciação de pedidos administrativos, portanto ingressavam com ações pedindo celeridade em suas demandas. Diante disso, a Corte declarou, nesse momento, o ECI por ineficiência administrativa.

Observa-se, porém, que se fossemos utilizar o ECI para apenas esses casos ele perderia a funcionalidade aqui no Brasil, visto que, neles, a ação foi utilizada como ferramenta para evitar a repetição de demandas individuais sobre o mesmo assunto. Portanto, nesse primeiro momento, se utilizou esta ferramenta como forma de suprir a ausência de um mecanismo jurídico-processual coletivo de proteção dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2015, p.244).

Como se sabe, no Brasil, temos vários instrumentos jurídico-processuais previstos constitucionalmente para a proteção destes tipos de conflito e demandas, como a ação civil pública ou, até mesmo, como cita George Marmelstein (2015, p.245), a súmula vinculante, onde o STF poderia estender os efeitos de uma ação individual para outras situações semelhantes ou demais órgãos.

Entretanto, conforme analisaremos adiante, as novas ações que versam sobre esse tema foram atingindo objetivos bem diversos dos originários. Lage e Brugger (2017, p.210-213) destacam os efeitos instrumentais diretos, quais sejam, a

solução judicial e as repercussões em diversos âmbitos, como no social e institucional, mas também há alguns objetivos que revelam a essência do ECI, que são a superação de bloqueios políticos, a superação de bloqueios institucionais (sistêmicos), a superação de bloqueios deliberativos e a inibição de um congestionamento da corte.

Há a superação do bloqueio político porque a corte constitucional, a qual é responsável pelo julgamento, não tem a necessidade de angariar votos para eleições. Assim, ela busca para si o início do debate e possibilita, de forma independente, a ouvida de vozes sub-representadas (LAGE e BRUGGER, 2017, p.211). Desse modo, indivíduos presos, que pouco são ouvidos na sociedade e tem uma representação muito tímida, já que não votam, sendo que, muitas vezes, a defesa desses indivíduos leva a um suicídio político, poderão ser ouvidos pelo tribunal de forma independente.

O desbloqueio institucional atua com a finalidade de superar os problemas do sistema posto. Isso porque o Estado não funciona com a efetividade devida. Assim, a principal função é coordenar as mudanças necessárias, emitindo ordens que visem o desbloqueio daquilo que costuma emperrar a burocracia estatal. Esse, então, é um processo dialógico institucional, onde se busca reforçar os papéis de cada órgão e poderes e exigir a realização de ações concretas para a resolução dos problemas existentes (MARMELESTEIN, 2015, p.3).

A superação do bloqueio deliberativo consiste numa evolução da concepção político-institucional da população em geral. Isso porque as pessoas aprendem a discutir problemas comuns que necessitam de atenção e tomam interesse em acompanhar o desenvolvimento da máquina pública. (LAGE e BRUGGER, 2017, p.212)”.

Por fim, há também o objetivo de evitar um congestionamento da corte. Isso porque, como já foi falado, o litígio envolvido acomete uma gama enorme de pessoas, sendo que, exatamente por esse motivo, se todos os sujeitos envolvidos tentassem solucionar individualmente os seus problemas seria inviável para o poder judiciário resolvê-los. Desse modo, o julgamento de questão que gere o Estado de coisas inconstitucional, por óbvio, desafoga o poder judiciário.

Insta dizer que o ECI, com o desenvolvimento jurisprudencial, deixa de ser um mero instrumento que servia para dar uma feição coletiva a uma demanda individual para ser, ou, ao menos, ter capacidade de ser, um mecanismo mais

complexo para resolver questões que tratam de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2015, p.245).

Discute-se, ainda, se esse tipo de demanda é, por parte do judiciário, ativismo. Nesse sentido, Streck (2015) alega que este tipo de ação nada mais é do que um “ativismo camuflado”, sendo que há um risco muito grande de se utilizar como uma demanda em que se coloque o que quiser e alegue esse Estado de coisas inconstitucional.

Portanto, há a possibilidade de banalização deste tipo de demanda, trazendo, assim, muito mais prejuízos do que benefícios. Importa dizer, porém, que isso não significa que não haja solução para os casos em que se alegam o E.C.I., visto que, mesmo para aqueles que aduzem ser esse tipo de ação um ativismo e, portanto, tendente a ser evitado, há outros meios de solucionar esse tipo de problema.

No Brasil, por exemplo, há a propositura por conta do sistema carcerário brasileiro. Então, para aqueles que consideram o E.C.I. como ativismo judicial, a linha correta a seguir é a atuação legislativa, que é quem foi eleito democraticamente para tanto. Desse modo, ainda que se considere este tipo de ação como espécie de ativismo judicial camuflado, é importante analisar o tema, até mesmo para que as soluções necessárias partam do próprio legislativo.

Portanto, em outras palavras, ainda que se considere uma forma de ativismo judicial, acreditamos ser possível que a decisão tomada pelo STF seja no sentido de ordenar ao poder legislativo, diante de uma omissão constatada, a tomada de decisões, e não que o próprio STF tome-as, ou, ainda, que o próprio poder legislativo, diante do quadro instaurado e sabido por todos, tome as providências adequadas, no sentido de solucionar o quadro.

Vale salientar que também consideramos que o ativismo judicial é extremamente prejudicial e pode abrir, em determinados casos, precedentes perigosos, ainda mais quando estamos em um ambiente de instabilidade, uma vez que o não questionamento da forma nesse momento pode ser extremamente prejudicial posteriormente, já que não seria coerente não questionar que o judiciário tome decisões que interferem na separação de poderes agora e, no futuro talvez não tão distante, quando estivermos diante de um judiciário mais conservador e, portanto, decisões mais conservadoras, queremos questionar a forma com que essas decisões são tomadas e alegarmos o ativismo judicial.

Entretanto, apesar de considerarmos o tema de suma importância, entendemos que não é o ponto em questão deste trabalho, visto que a discussão primordial é que o conteúdo desse tipo de ação sirva para demonstrar a deslegitimação do sistema penal e possamos, assim, buscar formas de solução que, de fato, resolvam os conflitos. Com isso, analisaremos essas ações e o que elas pedem enquanto meios para se atingir a cessação desse momento de inconstitucionalidade. Para isso, trataremos, primeiramente, das condições do Estado de coisas inconstitucional.

Visto isso, passaremos então a falar histórica e especificamente sobre as ações já surgidas e que versam sobre o ECI, e analisaremos, assim, as decisões proferidas pelos órgãos constitucionais de outros países, com o objetivo de analisar as decisões proferidas e, mais adiante, compará-las com as decisões brasileiras tomadas até o presente momento, ocasionando, assim, a discussão sobre a deslegitimação do sistema penal.

2.1 CONDIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DO E.C.I.

A primeira decisão sobre esse quadro aconteceu na Colômbia, onde a Corte Constitucional se deparou com uma demanda em que os professores tiveram seus direitos previdenciários violados sistematicamente pelas autoridades públicas. A corte ainda trouxe medidas para que se distancie desse estado de coisas inconstitucional e se possa superar e exterminar essas violações (DA CUNHA, 2016, p.1).

Segundo Dirley da Cunha (2016, p.2), o ECI caracteriza-se, fundamentalmente, diante da constatação de que:

- (a) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente)
- (b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e

administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade)

(c) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e

(d) há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, etc.).

Observa-se, assim, tratar-se, primeiro, de violações a direitos fundamentais. Segundo, omissão de diversos órgãos e instituições no cumprimento de funções estabelecidas pelo ordenamento jurídico, com as quais poderíamos ter evitado tais violações. Terceiro, existe um número significativo de pessoas que tem esses direitos violados e, por isso, há, de fato, o Estado de coisas inconstitucional. Por último, o Tribunal tem de tomar uma decisão que se aplique e dirija a uma pluralidade de órgãos e autoridades, já que se visa a adoção de medidas estruturais.

Mariana Guimarães (2017, p.81) traça como destaques para se definir a existência do ECI (1) a vulnerabilidade massiva de diversos direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, (2) a prolongada omissão das autoridades ao cumprir suas obrigações, (3) a falta de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias, buscando evitar a vulneração dos direitos, (4) um problema social, que demanda a intervenção de diversos órgãos e entidades, adotando um conjunto complexo de ações coordenadas e (5) a possibilidade de congestionamento judiciário, caso esses autores demandem individualmente.

Nesse sentido, nota-se a importância da adoção de políticas públicas, as quais visam a resolução de problemas de forma conjuntural e analisando o retorno que determinada medida traz. Por óbvio, um dos grandes impasses e, talvez, um dos maiores fundamentos para se negar diversos direitos fundamentais, inclusive em decisões judiciais, é o recurso disponível. Assim, se faz extremamente necessário que, para a solução do problema, se aloque recursos para os órgãos e instituições.

Do ponto de vista teórico, no ECI, se evidenciam as omissões produzidas pelos poderes e os limites do controle judicial que pode ser exercido, com o fulcro de pensarmos a inefetividade dos direitos fundamentais e a inconstitucionalidade aplicada a essa omissão (FERREIRA e ARAÚJO, 2018, p.68). Isso porque estamos diante de violações a direitos fundamentais produzidas pelos poderes. Não por outro motivo, o conceito de ECI trazido pelos autores citados se baseia na grave e

massiva violação de direitos fundamentais, que cabe ao Estado resolver, sendo um problema estrutural e, por isso, demandando soluções de várias instituições.

Rossetti e Ziesemer (2018, p.153) trata o ECI como uma construção da hermenêutica jurídica, instada no descumprimento sistemático de direitos e garantias fundamentais. Impende salientar que tais direitos, por suas naturezas, carecem de adoção de medidas urgentes, visto que estamos tratando de bens jurídicos sensibíllissimos.

Assim, tal tema se torna ainda mais importante na sociedade atual, visto que ele está ligado a temas que tocam os direitos mais sensíveis. Desse modo, a solução deste problema não deixa de ser prioritária no ambiente jurídico, ainda que, de modo leviano, setores da sociedade civil e político-partidários não concordem com tal afirmativa, em especial por estar se tratando de pessoas que desde o nascedouro do direito penal tem seus direitos violados, como veremos adiante.

Para Lage e Brugger (2017, p.201), há, neste tipo de ação, um desenvolvimento, por parte do poder judiciário, de uma tutela que visa atender a todos os casos, com a finalidade de tirar os outros poderes da inércia, ao passo que a resolução dessa situação faria com que diminuíssem as ações sobre a demanda resolvida, já que se trata de uma demanda que atinge um número significativo de pessoas.

Temos, ainda segundo Lage e Brugger (2017, p.201-202), efeitos instrumentais diretos, que são a solução judicial às violações da peça processual e a repercussão em diversos âmbitos, como sociais e institucionais, além, claro, do âmbito jurídico. Isso porque o descongestionamento, especialmente em um país que tem mais de 80 milhões de processos aguardando julgamento (CNJ, 2017), se faz extremamente necessário.

É importante pontuar, no entanto, que se deve considerar perigoso e vil enxergar o descongestionamento como um requisito para o ECI, sendo ele apenas uma consequência do fato de a ação ter de atingir um número significativo de pessoas, mas não um requisito. Até porque se considerássemos assim, fugiríamos da verdadeira intenção desta ação cuja finalidade é buscar soluções urgentes para graves violações cometidas pelo próprio Estado, que é quem deveria manter e seguir os direitos e garantias fundamentais constitucionais abarcadas por ele mesmo.

Com todas essas características, é inegável correlacioná-las ao nosso sistema penal, o qual, todos sabem, encontra-se falido, superlotado e é gerador de ódio e de ainda mais crimes, sendo o problema da segurança pública ainda mais sentido. Diante disso, o nosso objetivo é analisar o estado de coisas inconstitucional vivido amplamente no sistema penal brasileiro, o reconhecimento do STF da ação em andamento e a deslegitimação do sistema penal.

2.2 O RECONHECIMENTO DO E.C.I PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS COLOMBIANA E PERUANA

Tem-se duas sentenças que normalmente são associadas ao Estado de coisas inconstitucional na Colômbia, são elas a T-153/98 e a T-388/13. Porém, a primeira aparição foi no caso SU-559, de 06 de novembro de 1997, onde se constatou a distribuição desigual do subsídio educativo do fundo nacional de prestações sociais do magistério entre vários municípios e departamentos do país.

Com isso, tivemos o reconhecimento do ECI com o fundamento de que houve violação à constituição pelo estado de coisas inconstitucional que deveria ser corrigida. Para isso, se via o dever institucional da Corte Constitucional Colombiana de advertir os outros poderes para que se agisse conjuntamente (GUIMARÃES, 2017, p. 81-82). Observa-se, com isso, o que foi discutido anteriormente, que a ideia do ECI é exatamente uma violação geral de todos os poderes e instituições de um país diante de uma situação que viola a constituição.

Na sentença T-153/98 (1998), tivemos um reconhecimento do ECI por causa das condições do sistema carcerário colombiano, especialmente nas prisões de Modelo e Bellavista. Primeiro, se reconhece as penitenciárias como geradores de mais crimes, violência e ódio, sem trazer a necessária ressocialização aos indivíduos.

Além disso, tal sentença constata a inatividade do Estado colombiano diante das graves violações sofridas pelos seus cidadãos. Diz, ainda, que o Estado se restringe a atuar somente naquelas situações de crise extrema, de explosão. Nesse sentido, cabe destacar trecho da decisão contido no ponto 50 (1998, tradução

nossa): “o problema dos cárceres e das condições de vida dentro deles não ocupa um lugar de destaque dentro da agenda política”.¹

Com isso, percebe-se uma das condições do ECI, que é a inatividade do estado diante de condutas que violem direitos fundamentais de um conjunto de pessoas. Além disso, a Corte Constitucional colombiana, em diversos momentos na sua decisão, chama a atenção dos órgãos e instituições responsáveis para as suas inações. Assim, cumpre destacar um desses momentos, no ponto 51 da decisão (1998, tradução nossa): “chama-se atenção sobre o estado de coisas inconstitucional que se apresenta no sistema penitenciário colombiano e que exige a tomada de medidas por partes de ramos e órgãos de poder”.²

Para Rossetti e Ziesemer (2018, p.154), a Corte Colombiana fixou diversos requisitos para a declaração do ECI, dentre eles temos as maciças e generalizadas violações de direitos fundamentais que, por sua natureza, afetam número significativo de pessoas. Outro ponto são as práticas inconstitucionais, juntamente com a omissão legislativa, administrativas ou orçamentárias para que se iniba ou evite essas violações. Além disso, a existência de um problema social cuja solução necessita da intervenção de várias entidades, de ações complexas e coordenadas, além de requerer, ainda, um esforço financeiro substancial. Por fim, se todos os afetados pela decisão se valessem do judiciário para a solução de seus conflitos em apartados teríamos um congestionamento judicial sem precedentes, que levaria a um verdadeiro caos.

A Corte Constitucional Colombiana (CCC), então, decidiu sobre o tema, também relativo ao quadro do sistema prisional. Constatou-se, com base em dados empíricos, que as graves violações reiteradas eram generalizadas, aconteciam por todo o país, tendo como responsável não apenas determinado setor, mas, sim, um conjunto de autoridades públicas, devido, obviamente, à gravidade do problema (CAMPOS, 2015, p.3).

Assim, tratou-se, dentre outras coisas, de ordenar a notificação a várias autoridades, a exemplo do Presidente da República, Presidente do Senado, dentre outros, para que tome as devidas providências. Ordenou-se ao Ministério da Justiça

¹ Tradução nossa. Segue texto original: “... *el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política.*”

² Tradução nossa. Segue texto original: “... *llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder...*”

a realização de um plano de construção e reformas, em um tempo máximo de 4 anos, para trazer um planejamento dos cárceres. Por fim, em plano primário, o que se ordenou para esta ação é que, nas palavras do próprio Tribunal, “tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito aos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos prisionais do país”.³

Outra importante ação impetrada na CCC, e, talvez, a mais importante, foi a sentença T-025, de 2004, que é conhecida como o deslocamento forçado de pessoas. Em tal caso, que é comum em países violentos como a Colômbia, a onda de violência acometia sujeitos que tinham que migrar de tempos em tempos das suas casas, sem ter direitos básicos como saúde, educação e moradia, por conta de grupos violentos como as Farc. A corte conclui, neste caso, que estávamos diante do Estado de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2015, p.3).

Nesta sentença, se tem como fundamento a violação do Estado a diversos direitos, como o direito ao trabalho, à vida digna, à saúde, ao acesso à educação etc. Há, assim, a clara omissão de diversos órgãos do Estado perante diversos indivíduos. Consta-se, ainda, por óbvio, visto que este é um dos elementos para o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, como já foi dito, que há violações de diversos bens jurídicos que atingem diversas pessoas, sendo que se essas pessoas peticionassem sozinhas iriam inviabilizar o poder judiciário.

Na sentença T-025/04, temos, primeiro, a declaração de um Estado de coisas inconstitucional. Há ainda a comunicação a diversos órgãos e agentes do Estado, como Presidente da República e Conselho Nacional, para que se atue conforme lhe fora delegado constitucionalmente, nos mesmos moldes da ação que falamos anteriormente.

Portanto, temos assim mais um exemplo de uma ação em que estão presentes os elementos para tal estado. Diante disso, adentraremos adiante à discussão de um sistema penal que, de fato, funcione, e a possibilidade disso. Salientamos, desde já, que essas falhas estruturais existentes no nosso país não se solucionam com o que o senso comum propõe. É preciso, então, que esses tribunais, muitas vezes, demandem soluções complexas. Aqui, o papel de guardião da CF exige uma postura diferente, com o fulcro de defender os direitos

³ Tradução nossa. Segue texto original: “*tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.*”

fundamentais e fazer com que a própria constituição se torne efetiva (MARQUES, 2017, p.7).

O Peru, em 2010, também reconheceu o Estado de coisas inconstitucional por causa da falta de política de tratamento e reabilitação de saúde mental das pessoas que se encontravam sujeitas à medida de segurança (Rossetti e Zieseimer, 2017, p.155).

A demanda do processo em questão (2010) teve por objetivo a necessidade de o Instituto Nacional Penitenciário executasse a medida de segurança de internação disposta contra determinado sujeito, que respondia por homicídio qualificado. Ademais, se constatou, ainda que o réu padecia de síndrome psicótica de esquizofrenia paranoide e, portanto, precisa de atendimentos adequados, sendo que a medida de segurança nos moldes decretados deixava-o vulnerável e infringia a integridade prisional, por causa do ambiente onde se cumpria a pena.

Constatou-se, no processo de nº EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC (2010, p.4), o ECI pelas violações aos direitos fundamentais à saúde mental e integridade física, de acordo com o pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, do qual o Peru é signatário, estabelecendo que qualquer pessoa deve ter conservada o seu estado de normalidade orgânica funcional, tanto física quanto mental, bem como deverá haver, ainda, a prevenção por parte do Estado, a fim de que as pessoas desfrutem do mais alto grau de bem-estar físico e mental.

Assim, a Corte (2010, p.5) determina, ainda, que as instituições que fazem parte do Estado, tendo esta obrigação de cuidar dos presos e preservar os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devem observar os limites previstos na carta magna para que a medida de segurança imposta tenha legitimidade. Alega-se, ainda, a observância do princípio da proporcionalidade, vez que se deve observar a gravidade do delito, o problema que acomete o sujeito e o seu tratamento adequado.

Por conseguinte, a Corte constitucional (2010, p.16-17) concedeu habeas corpus com fundamento na violação do direito fundamental à saúde mental e a integridade pessoal. Além disso, declarou o Estado de coisas inconstitucional, diante da falta de política de tratamento e reabilitação dos sujeitos que eram submetidos à medida de segurança, e ordenou ao Ministério da Economia e Finanças que se adote as medidas necessárias com relação ao orçamento adequado, bem como

ordenou aos juízes que emitam pronunciamento que recomende a cessação deste tipo de medida, diante de tais violações.

Fora imposta ainda ordenações para que o Poder Legislativo produza leis para regulamentar o tratamento, a supervisão e o procedimento das internações de medida de segurança, além de alertar ao poder executivo sobre o seu papel constitucional diante de tal quadro e das graves violações.

2.3 O JULGAMENTO DA ADPF 347 PELO STF E O RECONHECIMENTO DO E.C.I NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

É evidente a relevância que a jurisdição constitucional ganha com o panorama atual. No Brasil pós Constituição de 88, a arguição de descumprimento de preceito fundamental se destaca ao se destinar a proteger uma lei fundamental, ou seja, ao espírito da ordem constitucional e os preceitos fundamentais contidos nela em face de invasões promovidas pelo poder público (JACQUES e BASTOS, 2018, p.92).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem previsão no artigo 102, parágrafo 1º da constituição federal de 1988, além de ser regida, também, pela lei 9.882/99. É importante elucidar que tal ação pode ser proposta tanto mediante o controle concentrado quanto via controle difuso de constitucionalidade (MARQUES, 2015, p. 1). No caso em apreço, a ação foi proposta perante o STF, no seu controle concentrado.

É importante observar, ainda, que o termo descumprimento foi posto exatamente com o fulcro de tutelar quaisquer casos de desrespeito aos preceitos fundamentais contidos na constituição. Com isso, não se trata somente de atos normativos, como ocorre com o termo "inconstitucionalidade" da ação direta de inconstitucionalidade, mas também envolve atos não normativos (MARQUES, 2015, p. 1-2).

Além disso, tal ação tem um papel complementar no sistema concentrado de constitucionalidade, uma vez que atende a situações que não ensejam outro tipo de ação. Portanto, só haverá de se adentrar com a ADPF quando não houver outra

ação capaz de solucionar o litígio em questão (BARROSO, 2008, p.461). Assim, há um papel de subsidiariedade nesta ação.

Por fim, é necessário dizer que há divergências ao tentar conceituar o que seria preceito fundamental. Entretanto, apesar de entender a importância da discussão, não nos cabe aqui, pelo objeto do nosso estudo, elucidar e tratar sobre isso. Assim, faz-se preciso elucidar que não é qualquer desrespeito à constituição que ensejará esta ação, mas sim o que houver de mais importante e fundamental, o que deverá ser demonstrado no caso concreto (MARQUES, 2015, p.2).

A constituição e a lei 9.882/99 não trouxeram um rol desses preceitos fundamentais, mas há de se dizer que o objeto da ADPF que passaremos a tratar é, sim, um dos temas mais sensíveis e, portanto, passível da ação em comento. Isso porque trataremos da dignidade da pessoa humana e humanização das penas, da série de direitos inerentes a um sujeito que fora privado de sua liberdade e que está sob a tutela do Estado. Com isso, devemos observar a importância do tema em questão e da possibilidade de proposição da ADPF, ao menos com relação ao conceito de preceitos fundamentais, uma vez que há também a discussão sobre ativismo judicial ao STF julgar o tema, assunto que tratamos acima e entendemos como fora do objeto do nosso estudo.

A ADPF 347 foi proposta pelo partido socialismo e liberdade (PSOL) em face da União e dos estados brasileiros, sendo o ministro relator Marco Aurélio, no âmbito do STF. Nesta ação se buscou, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que fosse reconhecido o Estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro. Pediu-se, ainda, a adoção de medidas estruturais diante das lesões a preceitos fundamentais de presos, sendo que estes alegam que essas lesões decorrem de ações e omissões dos entes federativos.

Dentre os fundamentos para a constatação do Estado de coisas inconstitucional, aponta-se a superlotação e as condições degradantes dos presídios brasileiros, afrontando, assim, diretamente diversos preceitos fundamentais constitucionais, como dignidade da pessoa humana, vedação à tortura e de tratamento desumano e diversos direitos sociais à saúde, educação, segurança, integridade física etc.

Assim, observa-se que o plano de fundo desta ação é a situação caótica das prisões brasileiras, com celas superlotadas, sem condições de manutenção de vida humana, homicídios, torturas, espancamentos e diversos tipos de crimes

praticados contra os presos por outros presos e até mesmo por agentes do próprio Estado (MARQUES e ESPIÑEIRA, 2017, p.21).

Nesse sentido, o Infopen (2018) demonstra a evolução da população carcerária brasileira desde 2004, quando foi criado, e revela que em 2018 o Brasil chegou a mais de 800 mil presos. Isso faz com que celas apropriadas para 6 detentos tenham, por exemplo, 60 (LEITE, 2016, p.1).

O massacre ocorrido no presídio de Manaus (Globo, 2019), que matou 55 pessoas dentro de um presídio, sendo um episódio ocorrido após a propositura da ADPF 347, é apenas mais um dos exemplos que demonstram a falta de segurança que esses indivíduos vêm sendo acometidos sob a tutela do próprio Estado.

Tal ação sustenta ainda que “os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a inviabilizar condições adequadas ao encarceramento”. Assim, é, obviamente, indigno que um sujeito, instado a cumprir determinada pena imposta pelo Estado, fique em um local superlotado e que, portanto, não oferece condições mínimas de higiene.

Nesse sentido, o professor Aury Lopes Júnior (2019) indicou a situação dos presídios brasileiros, especialmente no Rio Grande do Sul. Demonstrou, assim, que, por falta de vagas, alguns presos estão sendo colocados algemados à lata de lixo no meio da rua. Diante dessa situação, não se pode negar a violação de preceitos fundamentais e, portanto, a legitimidade do ajuizamento da ADPF 347.

Como se não bastasse, há, ainda, uma política atual punitivista que visa cada vez mais encarcerar. Em conflito com o bom-senso, pois não há lugar para mais pessoas sem que se tirem o resto de dignidade que ainda há, se é que há, nesse ambiente, o Congresso Nacional vem debatendo endurecimento de penas, dificuldade de progressão de regime, dentre diversas outras ações, as quais, conseqüentemente, aumentarão o número de detentos.

A admissibilidade da prisão após a segunda instância é mais um exemplo de uma cultura punitivista sem análise real do quadro calamitoso. Um levantamento de agosto de 2018 mostra que um quarto dos presos à época eram após a segunda instância sem julgamento definitivo, e, além disso, 40% dos presos são provisórios (PORTINARI, 2018, p.1).

Outros pontos discutidos em tal ação são o contingenciamento de recursos feito pela União do Fundo Penitenciário – FUNPEN, a não observância da

Convenção Interamericana de Direitos Humanos ao não atender à prática da audiência de custódia, a qual, vale dizer, auxilia na redução da superlotação prisional.

Crítica importante contida na fundamentação da ADPF 347 e que, inevitavelmente, irá embasar a discussão posterior de linhas abolicionistas e minimalistas é que o poder legislativo estaria sendo influenciado pela mídia e opinião pública, estabelecendo políticas criminais sem analisar o cenário carcerário, contribuindo, assim, para o agravamento da superlotação das penitenciárias.

A pressão popular tem a sua origem, resumidamente, no sentimento de insegurança vivido pela sociedade, na visão geral de que quanto maior a pena melhor e de que se quer “justiça”. Apesar de este não ser o tema central de nosso trabalho, é importante dizer que, apesar de o direito servir à sociedade e seus problemas, o Estado necessita se basear de forma empírica, científica e constitucional.

Desse modo, apenas trazemos uma indagação para reflexão: se se tem uma ideia de que quanto mais dura as consequências melhor para o senso comum, se o melhor para a sociedade é que o condenado sofra e tenha penas mais duras, como explicar o aumento de prisões com o passar do tempo e o consequente aumento de sensação de insegurança da sociedade?

Em outras palavras, é preciso sair do senso comum e enxergar a situação tal como posta, uma vez que ainda que a sociedade, em geral, em números, considere que a pena do indivíduo terá de ser cada vez maior e mais dura, isso não significa que o melhor caminho a ser adotado é esse. Assim, é preciso analisar criteriosamente, e passaremos a fazer isso quando tratarmos das correntes abolicionistas e minimalistas.

Ademais, desde já cabe salientar que o aumento de pena e criminalizações não gera a consequente redução no número de crimes ou uma melhora no quadro de segurança sentido pela sociedade. Além disso, não só acontece o agravamento da situação dos presos e a degradação existente naquele ambiente, mas também dos sujeitos que estão fora do ambiente prisional. Dados anteriormente citados demonstram a superlotação do sistema prisional brasileiro, no entanto, há de se destacar que, a despeito disso, os índices de criminalidade e insegurança na sociedade continua crescendo.

A exemplo do que foi dito, segundo o jornal El País (2017, p.1), o Brasil registrou, em 2017, 63.880 homicídios, sendo esse um número recorde quando comparado aos anos anteriores. Vivemos, assim, uma política criminal cada vez mais punitiva e, a revel, temos o aumento constante da violência e sentimento de insegurança.

É preciso, pois, racionalizar a questão e entender que tem algo de errado, existe algo que não está funcionando, e é sobre isso que trataremos mais adiante, quando falarmos da deslegitimação do sistema penal, ou do sistema prisional ou, ainda, a busca por uma reforma do sistema penal.

Por hora, há de se destacar trecho do fundamento utilizado na ADPF 347 (2015, p. 4), que visa a constatação do Estado de coisas inconstitucional dentro do sistema carcerário brasileiro. Vejamos:

serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

Diante disso, há a constatação de diversos direitos fundamentais sendo violados constantemente dentro das prisões brasileiras, sendo que tudo isso está sendo legitimado pelo próprio Estado, que, a priori, deveria ser o defensor primário desses sujeitos, já que os indivíduos presos estão sob a responsabilidade do Estado.

Assim sendo, o primeiro ponto como condição do ECI resta constatado, visto que há a violação a direitos fundamentais de uma parcela significativa da sociedade. Ademais, a fundamentação da ADPF 347 (2015, p.5) traz, ainda, que as autoridades públicas, portanto os órgãos do Estado, e a sociedade conhecem a situação, citam os relatórios carcerários produzidos, relembram declaração do Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Cardozo, de que as prisões brasileiras são “masmorras medievais”, votos do Ministro Teori Zavascki, onde se diz que as prisões brasileiras não tem os pressupostos básicos para se viver e que, na prática, o preso não tem direito.

Observa-se que temos agentes do Estado e do governo, como juízes, Ministros do STS, Ministros de Justiça constatando e reconhecendo a situação cruel e caótica em que vivem os presos brasileiros. A despeito disso, qualquer que seja o governo eleito, não temos uma mínima esperança de mudança nessa situação. Muito disso, pelos motivos já expostos.

Além disso, outro ponto importante para evidenciar a falha de diversos órgãos e instituições brasileiras são as intervenções promovidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a consequente condenação do Brasil, para que adote medidas que visem erradicar situações de risco e proteger diversos direitos fundamentais dos presos, como a vida, integridade física e psíquica.

A fundamentação do pedido da ADPF (2015, p.7) compara, ainda, a decisão tomada pela corte constitucional da Colômbia, onde se prenuncia o Estado de coisas inconstitucional, a qual necessita, mediante a gravidade apresentada, a atuação do supremo, no exercício do papel contramajoritário que deve exercer, o qual, aliás, é próprio das cortes constitucionais.

Visto isso, é preciso entender que os direitos fundamentais funcionarão como um trunfo contra maioria. Nesse sentido, Robert Alexy (2011, p.446) preceitua a importância dos direitos fundamentais a tal ponto que põe a decisão de garanti-los ou não garanti-los não pode ser uma vontade exclusiva dos parlamentares. Desse modo, se faz necessário ressaltar que tais direitos não podem seguir simplesmente o que a maioria pensa sobre eles, por isso se deve resguardá-los, ainda que ela não queira.

A ADPF 347/DF (2015, p.9) traz vários pedidos, dentre eles determina aos juízes e tribunais que lancem, em casos de prisão provisória, a motivação expressa pela qual se aplicam medidas cautelares alternativas à prisão, a realização das audiências de custódias, que viabiliza o comparecimento do preso à presença do juiz em até 24 horas do momento da prisão, que se considere o quadro caótico do sistema penitenciário brasileiro ao implementar cautelares penais, ao aplicar a pena ou durante a execução desta.

Mais do que isso, Luiz Flávio Gomes (2015, p.1) utiliza uma história, na qual um sujeito está sentado no sofá de casa, quando a polícia a invade e o acusa com arma em punho, isso porque alguém fora sequestrado e a vítima, após sair, disse que o suspeito tinha uma tatuagem no braço. No arquivo policial, foi encontrado esse sujeito, o qual tinha uma tatuagem parecida e, portanto, foi preso

por dois meses. A vítima quando o viu descartou prontamente como autor do fato. Argumenta-se que é para evitar esse tipo de injustiça que serve a audiência de custódia, além, claro, de trazer o efeito, já dito, desafogador do sistema carcerário.

Nesse sentido, o que se busca é reduzir cada vez mais o número de pessoas em um ambiente extremamente indigno. Nessa lógica, outro pedido feito na ADPF 347 (2015) foi o estabelecimento das penas alternativas à prisão, devido às circunstâncias desse estabelecimento prisional, além de medidas para que se evite a entrada ou facilite a saída de pessoas neste local, já que, de fato, os estabelecimentos prisionais brasileiros encontram-se impossibilitados de oferecer o mínimo existencial a qualquer pessoa que habite nele.

Ademais, na ação supramencionada (2015), se pediu a configuração do Estado de coisas inconstitucional, que os entes públicos direcionem as verbas do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) diante da situação precária dos presídios e a observância obrigatória das audiências de custódias, viabilizando o comparecimento do preso à presença de uma autoridade judicial no prazo de 24h.

Então o dispositivo do acórdão impôs o imediato descontingenciamento das verbas existentes no fundo penitenciário nacional (FUNPEN), vedando a união de realizar novos contingenciamentos (MARQUES e ESPÍNEIRA, 2017, p.25). Isso porque não faz sentido nenhum o Estado não conseguir lidar com a situação caótica dos presídios brasileiros e, ainda, diminuir as verbas destinadas às suas melhorias.

Vale dizer que a pretensão de determinada ação é que se interfira e aponte medidas para a solução do problema. Com isso, não é uma discussão que se encontra apenas no plano teórico, pelo contrário, sobretudo no prático, visto que se faz urgente e necessárias medidas que assegurem os direitos fundamentais daqueles que cumprem pena no Brasil.

A pretensão do PSOL, outrossim, não se depreende disso. Como remonta Carlos de Alexandre de Azevedo Campos (2015, p.1), a intenção é que o Tribunal interfira na criação e implementação de políticas públicas, já que temos um estado de coisas inconstitucional dentro do sistema penitenciário brasileiro, e se utilizem de medidas concretas, como alocações orçamentárias para resolução do problema, sem, contudo, deixar de lado a aplicação e interpretação da ordem processual penal para que vise-se uma redução do contingente do sistema carcerário brasileiro e melhorias sensíveis na situação degradantes dos presídios brasileiros.

E a indagação que se deve fazer é se o direito brasileiro adota o estado de coisas inconstitucional? Há, na ADPF 347/DF, concessão de medidas cautelares a fim de dar providências à crise prisional que existe no Brasil, sendo que a primeira delas é a determinação de que tribunais e juízes realizem audiências de custódias de modo a viabilizar que o preso tenha contato com a autoridade judiciária em até 24h depois da prisão (STF, 2015, p.1). Ademais, apesar de até o momento ainda não haver resposta definitiva do Supremo Tribunal Federal no processo em questão, é de ressaltar pela constatação da inconstitucionalidade da situação narrada na ação em diversos votos dos ministros, como veremos posteriormente ao falar da realidade brasileira.

Portanto, o ponto que se deve frisar é que o STF admite, em diversos votos, que a situação do sistema penitenciário brasileiro denota o caos, e não pode continuar como está, ensejando, assim, uma possível luz, de forma que sinaliza por uma decretação do Estado de coisas inconstitucional, visto que há uma série de violações sistemáticas e contínuas a direitos fundamentais de uma gama de indivíduos. Entretanto, a posição do STF não parece ser a de deslegitimação do sistema penal, mas, sim, de uma possível relegitimação desse sistema, ou seja, de buscar condutas que possam retirar a mancha de coisas inconstitucionais vividas dentro do sistema penal e melhorá-lo.

Apesar de tratar da demonstração de deslegitimação posteriormente, após entender o que é e quais as suas correntes, já podemos afirmar, desde logo, que, por questões intencionais e estruturais, a tendência é que surja deste julgamento pequenas reformas, e não mudanças bruscas no sistema penal. Veremos isso adiante. Entretanto, podemos citar como exemplo de uma busca por uma possível relegitimação, ou, ao menos um discurso, o voto da Min. Cármen Lúcia, que vai, inclusive, propor as prisões em parcerias público-privada como alternativa. Vejamos (STF, 2015, p.1):

Ao votar no mesmo sentido do relator, a ministra Cármen Lúcia ressaltou a necessidade de haver um diálogo com a sociedade a respeito do tema. Segundo ela, existem no país 1.424 unidades prisionais, das quais apenas quatro são federais. “Ou seja, os estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União”, afirmou ao apresentar alguns dados sobre o sistema. “Os números demonstram o estado de coisas inconstitucional”, acrescentou. Ela citou a experiência de parceria público-privada em penitenciária de Minas Gerais. “Apesar dos problemas, acho completamente diferente de tudo o que eu já visitei no país”. De acordo com a ministra, a situação de urgência deve ser superada. Novos modelos

devem ser pensados para se dar cumprimento às leis. “Faliu esse tipo de penitenciária que vem sendo feita”.

No entanto, vale dizer que não é o nosso objetivo analisar uma ADPF que admite um Estado de coisas inconstitucional, que, por si só, já deslegitima o sistema penal, para relegitimar um sistema falido. Portanto, temos o fulcro de analisar tal decisão para que ela sirva de fundamento para a deslegitimação do sistema penal e, conseqüentemente, da pena privativa de liberdade em si, buscando alternativas ao sistema criminal, e não reformas pontuais.

Por todo o exposto, podemos concluir que a situação das penitenciárias brasileiras é caótica e afronta a constituição em diversos de seus aspectos. Segundo o professor Gabriel Marques (2017, p.4), afeta dispositivos como princípio da dignidade da pessoa humana, à proibição de tortura e do tratamento desumano ou degradante, à vedação as sanções cruéis, à garantia do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado, ao respeito à integridade física e moral dos presos, à presunção de inocência e diversos outros, somada à incompatibilidade da situação prisional com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Por óbvio, é percebida muito facilmente as violações cometidas dentro do sistema penitenciário, não só por tudo que já foi exposto neste trabalho, mas também por tudo que se acompanha diariamente em noticiários, jornais, rádios ou qualquer outro meio de comunicação. Além disso, há de se depreender que com essa situação a possibilidade de ressocialização desse ambiente fica ainda mais baixa, bem como há de se afirmar seguramente que não há condições mínimas de vivência neste local.

Dados do CNMP (2018, p.1) que de 1456 unidades morreram detentos em 474 delas e em 436 foi registrada lesão corporal a preso praticada por funcionário. Além disso, na região Nordeste, 58,75% não dispõe de assistência médica e 44,64%, no Brasil, não possuem assistência educacional. A lei de execução penal (LEP), porém, indica que a assistência à saúde e educacional é direito dos presidiários.

Diante de todo o exposto, é inegável que o sistema penal não cumpre os seus objetivos aparentes. Veremos mais adiante que os verdadeiros objetivos do

sistema penal, na verdade, apesar de estarem escondidos, são muito bem cumpridos. Desse modo, se torna, também, indeclinável a deslegitimação do sistema penal. Contudo, discutiremos no próximo capítulo as diversas correntes sobre deslegitimação do sistema penal, reforma desse sistema ou abolição, seja parcial ou totalmente.

3. A (DES)LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Para tratarmos da deslegitimação do sistema penal na atual conjuntura brasileira, é preciso, antes, elucidar alguns conceitos que são imprescindíveis, não só para entender os modelos propostos pelo Brasil no suposto “combate ao crime”, como também para que sirva como base ao entendimento dessa deslegitimação e à saída da crise em que chegamos.

Diante do exposto, se faz necessário compreender sobre o conceito de política criminal. Para Zaffaroni e Pierangeli (2019, p.123-124), o termo política criminal é a arte ou a ciência de governo, guiando assim as decisões tomadas pelo poder político ou proporcionando fundamentos para criticar tais decisões. Assim, visualizamos que é a política criminal quem vai determinar quais condutas serão tomadas para a proteção dos bens e direitos tutelados jurídica ou penalmente.

A política criminal já fora vista apenas como um conjunto de ações com o intuito de controlar a criminalidade, sendo, portanto, enxergada como uma função acessória à dogmática, a qual era contida pelas ciências criminais. Entretanto, hoje se tem um conceito muito mais amplo, onde, às vezes, fica difícil distingui-lo do conceito da política em geral. Assim, projetos de educação em locais carentes, por exemplo, podem ser considerados como parte de uma política criminal, tendo em vista as consequências que eles podem trazer na redução de delitos (VERAS, 2016, p.21 e 23).

Nilo Batista (2007, p.34), por sua vez, revela que a política criminal tem uma amplitude enorme, e se define como um conjunto de princípios e recomendações, os quais se revelam a partir de um processo incessante de mudança social, propostas do direito penal, revelações empíricas das instituições que integram o sistema penal e dos avanços e descobertas da própria criminologia.

Com isso, entende-se que a política criminal se define como o conjunto de decisões tendo por objetivo promover modificação social através do direito penal. Desse modo, o poder político vigente se torna mentor desta política, assim como de qualquer outra. Ademais, é importante entender, desde já, que a política criminal é fundamental para o nosso estudo. Isso porque, ao passo em que ela definirá os liames penais adotados em cada tempo e espaço, também nos possibilitará compreender o porquê tais condutas são tomadas e os seus reflexos.

Sendo assim, Vera Malagutti (2009, p.3) aduz que a conexão da política criminal com a criminologia possibilitou que “a política criminal não se reduzisse à função de conselheira da sanção penal a partir da aceitação legitimante da ordem legal”. Com isso, a política criminal atualmente ganha papel de destaque e revela como cada governo toma as suas medidas para redução de criminalidade e projeto de segurança pública.

Visto isso, nos cabe ainda explicitar o que é o sistema penal e quais são seus objetivos, tanto os reais quanto os declarados. Para Zaffaroni e Pierangeli (2019, p.68) o sistema penal é o “controle social punitivo institucionalizado”. Esse conceito se faz importante porque nos trará a dimensão de que o sistema penal não é, de forma alguma, apenas o sistema prisional. Vai muito além disso.

Com isso, ainda de acordo com os autores supracitados (2019, p. 68-69), o sistema penal, na prática, abarca desde quando se detecta, ou supõe-se detectar uma suspeita de delito, até quando se impõe ou executa a pena. Assim, é importante conceber o poder de polícia do Estado, a atividade do legislador, bem como dos juízes, promotores, funcionários e da execução penal como partes do sistema penal.

Todos esses conceitos se tornam extremamente necessários de serem discutidos, porque é importante compreender que as correntes (des)legitimadoras não trata apenas do sistema carcerário, mas sim de todo o sistema penal. Diante disso, há de se compreender que quando se fala em seletividade do sistema penal, ela não começa no final desse processo, quando ocorre a condenação dos sujeitos, mas, sim, na atuação do próprio poder de polícia exercido pelo Estado, quando o policial decide quem ele vai interpelar numa determinada abordagem.

A política criminal, por sua vez, simploriamente sendo reduzida ao objetivo de redução de delitos, também assume prioritária relevância em nosso estudo, à medida em que se tem ordinariamente no Brasil a ideia de quanto mais punitivo, quanto maior a pena e número de prisões melhor para a sociedade e haverá, assim, uma maior redução da criminalidade. Contudo, os dados anteriormente citados nesse estudo revelam que o número de prisões aumentou cada vez mais nos últimos anos no Brasil, ao passo que o índice de criminalidade também aumentou, não podendo, portanto, ligar o modelo punitivista à consequente diminuição no número de crimes cometidos ou redução de criminalidade.

Nesse sentido, veremos que, ao menos declaradamente, o sistema penal é constituído para a proteção de bens jurídicos considerados essenciais à vida humana, tendo um viés programático para a resolução deste conflito definido com base na política criminal de cada país. Diante disso, passaremos agora à análise das teorias legitimadoras deste sistema.

3.1 MOVIMENTOS LEGITIMADORES DO SISTEMA PENAL

Diversos são os argumentos ideológicos utilizados para fundamentar e legitimar a reação punitiva estatal. Analisaremos essas teorias, de modo que possamos conceber o panorama geral da legitimação da pena e, por conseguinte, da pena privativa de liberdade e do sistema penal em si.

As primeiras teorias são as chamadas absolutas ou retributivas, as quais concebem a pena como um mal ao acusado, ou seja, estaria a pena justificada não para obter fins futuros, mas, sim, pelo conceito ou fundamento axiológico de punir um fato passado visando a retribuir o mal causa pelo sujeito (BITENCOURT, 2017, p.143).

Do mesmo modo, Zaffaroni e Pierangeli (2019, p.112) afirmam que as teorias absolutas sustentam a pena como um fim em si mesmo, não podendo ser considerada como um meio para fins ulteriores. Tais teorias são sustentadas por Hegel e Kant, sendo que hoje já não encontra adeptos. É importante destacar que apesar das teorias absolutas não encontrarem proclamadores dentro do ambiente acadêmico, o conceito delas são altamente propagados na nossa sociedade, ou seja, vige em parte de nossa comunidade o sentimento de que o indivíduo deve ser apenado pelo ato criminoso da pior forma possível, havendo assim um sentimento de retribuição difundido socialmente.

As teorias retribucionistas são sociais-negativas, revelando-se contrárias a qualquer tentativa de socialização do indivíduo que cometeu o delito, assim como não é capaz de atender aos anseios da sociedade. Com efeito, não traz qualquer alusão à prevenção de crimes (NERY, 2011, p.79).

Temos também as teorias preventivas, as quais, como o próprio nome induz, tratam a pena como um instrumento para a prevenção de novos delitos.

Assim, a pena se fundamenta por seus fins preventivos, sejam eles gerais ou especiais, tendo, com isso, uma justificação por razões de utilidade social.

A prevenção geral é tradicionalmente indicada como uma intimidação ao sujeito delituoso, capaz de afastá-los da prática delitiva e, ainda, modernamente tida como exemplaridade, trazendo consigo uma função pedagógica. Assim, a justificação da pena se daria pelo fato de fazer com que os sujeitos deixem de praticar crimes em razão do medo de sofrer a sanção penal (PRADO, 2004, p.3).

Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 153-161) vislumbra a prevenção geral como gênero, tendo as espécies de prevenção geral negativa, prevenção geral positiva e prevenção geral positiva fundamentadora. A prevenção geral negativa, também chamada de intimidatória, é cronologicamente a mais antiga das espécies.

Ainda segundo o autor supramencionado (2017, p.154), a prevenção geral negativa é uma ameaça aos cidadãos para que não se cometa delitos, sendo, portanto, uma coação psicológica, tendo por objetivo evitar o cometimento de novos crimes. Desse modo, esta teoria se fundamenta em duas premissas: “a ideia de intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem.”.

A prevenção geral positiva, por sua vez, argumenta que a sanção penal seria voltada à ratificação da vigência da norma. Desse modo, se aplicaria a norma penal como uma forma de afirmar a confiança institucional do ordenamento jurídico (KREBS, 2002, p. 112). Assim, essa teoria visa oferecer uma blindagem ao próprio sistema jurídico vigente.

Segundo Roxin (1997, p. 91-92), o aspecto positivo da prevenção geral tem três fins e efeitos distintos: o efeito da aprendizagem, motivado sociopedagogicamente; o exercício na confiança do direito, que se origina pela prova da atividade da justiça penal, ou seja, pela constatação de que o direito está funcionando de fato e, conseqüentemente, pelo efeito de confiança que surge quando o cidadão vê o funcionamento do direito penal; e, finalmente, o efeito de pacificação, o qual se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza em virtude da sanção penal, sobre a quebra da lei e considera, portanto, solucionado o conflito com o autor.

Há, ainda, a prevenção especial, que é definida pelo juiz no momento da aplicação da pena, mediante a sentença penal individualizada dada como necessária e suficiente para prevenir o crime. Este mecanismo é efetuado pelos técnicos da execução da pena, tendo por objetivo a integração social do condenado,

segundo a lei de execução penal. Desse modo, a prevenção especial ocorre na tentativa de evitar crimes futuros dos condenados, isso porque há uma neutralização dos condenados, não podendo estes cometerem crimes durante a execução da pena (prevenção especial negativa), e na tentativa de correção do condenado (prevenção especial positiva), já que há psicólogos, sociólogos e diversos outros profissionais trabalhando no estabelecimento penitenciário, visando a sua recuperação (CIRINO, 2018, p.452).

Com efeito, essas teorias buscam, por fim, sustentar o sistema penal em seu todo. Assim, buscam dizer, portanto, que os fins e fundamentos explicitados anteriormente legitimam a existência dos mecanismos de poder punitivo criminal existentes. Então temos, por consequência, teorias que fundamentam a atuação da polícia, ao investigar, do ministério público, ao acusar, do juiz, ao julgar, e de diversos outros órgãos e poderes embutidos no sistema penal. Vale salientar, porém, que algumas teorias legitimadoras que fundamentarão o eficientismo serão tratadas mais adiante, atrelada à realidade.

3.2 MOVIMENTOS DESLEGITIMADORES DO SISTEMA PENAL

As correntes deslegitimadoras do sistema penal, por sua vez, denotam que este sistema, que é um instrumento de poder, na verdade, não faz o que realmente propõe e, neste momento, não consegue mais esconder o seu real objetivo, exercendo assim a sua função real de forma aberta.

Desse modo, segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2006, p.170-172) é possível remontar o retrato da deslegitimação com alguns argumentos, sendo eles: a) a herança medieval pautada no maniqueísmo entre o bem e o mal e numa retribuição da pena pelo mal que o sujeito praticou, mantendo, desse modo, uma sociedade polarizada; b) a contradição existente entre as funções declaradas e as funções reais do sistema, as quais são cumpridas sem serem declaradas, embora hoje esta função esteja aberta; c) assim, não cumpre efetivamente as funções que, a priori, legitimam sua existência, a exemplo de prevenção da criminalidade. E não cumpre porque a sua função real é construir a criminalidade e fabricar criminosos; d) funciona de forma seletiva, bem como traz mais problemas do que os que se propõe

a resolver, de forma a trazer sofrimentos desnecessários distribuídos injustamente na sociedade; e) tem uma função prioritariamente simbólica, visto que, como demonstram as cifras ocultas, a impunidade, em verdade, é a regra, atuando, o direito penal, sobre um número reduzidíssimo de casos; f) é um sistema, como foi amplamente discutido neste artigo, violador de direitos humanos e reproduzidor de dor desnecessária; g) é um modelo de solução de conflitos que não ouve as vítimas, roubando os seus conflitos e as suas formas de resolução; h) é um sistema difícil de ser mantido em controle.

Os dois últimos argumentos trazidos por Vera Regina devem ser trazidos *ipsis litteris*: “i) não é uma resposta legítima a situações-problema, mas apresenta as características de um problema público (HULSMAN, 1993, p.197); sendo ele próprio um problema, deve passar por um processo de abolição.”. Esses últimos pontos, entretanto, trataremos ao falarmos sobre abolicionismos.

Raúl Zaffaroni também constata a deslegitimação ou crise do sistema penal. É importante salientar, porém, que o conceito de crise empregado por ele não demonstra um sistema que, de algum modo, funcionava e hoje não funciona mais, pelo contrário, argumenta Zaffaroni (2017, p.14) que não se pode mais, como fora feito outrora, argumentar que as falhas existentes no sistema penal são transitórias e resultam de defeitos conjunturais.

Assim, a palavra crise é, por efeito, a descrença no sistema penal, o qual agora já não poderá mais usar de artifícios antes utilizados, como uma reforma do sistema penal. Isso porque para há defeitos intrínsecos aos sistemas, que não poderão ser sanados de forma alguma. Diante disso, se observa que o direito penal não cumpre nenhuma de suas funções. É importante salientar que tanto no capitalismo quanto no socialismo o sistema penal age de forma seletiva, retirando a pessoa de circulação para que se eduque a todos, o que se caracteriza como prevenção geral. Além disso, os reformadores do sistema penal, desde a criação do sistema penal, vêm tentando reinventar o sistema penal (PASSETI, 2012, p. 22-23).

Portanto, de acordo com os dados e informações trazidas até aqui, fica evidente o fracasso do sistema penal em não ressocializar os indivíduos que adentram nele, sendo os índices de reincidência dos sistemas prisionais brasileiros demonstrativos de que o sistema penal brasileiro não funciona de modo a corroborar com as suas diretrizes, mas sim funciona de forma deturpada para os fins aos quais de fato se propõe.

Nesse sentido, o estudo realizado pelo IPEA (2015, p.12) sobre a reincidência no Brasil denota que os trabalhos sobre o tema são escassos, o que acaba por, de certa maneira, dificultar a contabilização. Entretanto, os números dos estudos realizados não ficam abaixo dos 30%, sendo que o estudo realizado pela CPI dos sistemas carcerários chegou a contabilizar de 70% a 80%.

Não obstante, sabe-se também sobre o custo alto do Estado em manter o sistema prisional, sendo este mais um mecanismo para o que se chama de “crime organizado”, à medida que os indivíduos que saem das carceragens aprendem muito mais sobre o que se considera crime do que quando estava fora.

Além disso, é importante nos debruçar pelas características que remontam a deslegitimação do direito penal, sendo a primeira delas a criação de seus criminosos. Isso porque, há de se observar, o conceito de crime é algo passageiro e, portanto, que muda durante o tempo e espaço. Assim, não só “aqueles que são rotulados como criminosos constituem apenas uma pequena parte dos que estão implicados em fatos que legalmente permitem a criminalização” (HULSMAN, 2017), como também se escolhe política e socialmente qual conduta deve ou não ser considerada como crime.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam (2012, p.72-73) fundamenta com a ideia da relatividade do conceito substancial do crime, o qual se define como meras criações legislativas, sendo que o que hoje é considerado crime amanhã pode não ser e o que é crime em determinado local também pode não ser em outro. Uma situação enunciada pela autora supracitada para fundamentar a ideia de o crime ser político é a criminalização das substâncias psicoativas figuradas como ilícitas, como a maconha e cocaína, as quais não têm natureza diversa de substâncias igualmente psicoativas, como a cafeína e álcool. A única diferença dessas condutas é a intervenção artificial do sistema penal sobre elas.

Outro exemplo a ser citado é que o fato de ser homossexual já fora visto como crime em diversos países e regiões, sendo que, ainda hoje, alguns países consideram que a condição de homossexual é crime, trazendo, inclusive, a pena de morte como sanção cominada (MANTOVANI, 2019). Assim, demonstra-se, mais uma vez, que o que é ou não crime varia no tempo e no espaço, de acordo com o objetivo de cada sistema penal adotado.

No mesmo sentido, Louk Hulsman (1993, p.64) argumenta que não há nada em comum entre violência doméstica, arrombamento de uma residência,

fabricação de moeda falsas, receptação, entre outros crimes, além da escolha pelo sistema penal em desejar punir tais condutas, sendo isso feito de forma plenamente artificial. Desse modo, o fato dessas condutas serem definidas como crimes resulta de uma decisão humana modificável. Portanto, é a lei que diz onde está o crime e cria o criminoso.

Mais do que isso, a lei diz também quais sujeitos deverão estar ou não na prisão, sendo que, muitas vezes, a escolha política não goza de racionalidade, ao menos se tivermos em vista os fins declarados do sistema penal. Nesse sentido, ponto relevante a se tocar nesse momento é a comparação entre os tipos legais de furto e crimes financeiros, para que possamos esclarecer melhor o posicionamento.

O Código Penal tipifica o furto como conduta criminosa e traz pena de 1 a 4 anos para o sujeito que cometer. Por outro lado, a lei 8.137/90, em seu artigo 1º, define o crime de sonegação fiscal. Temos, assim, duas condutas que são tipificadas pelo ordenamento penal, sendo que o furto consiste em se apropriar de coisa alheia móvel e a sonegação fiscal como a supressão ou sonegação de tributo mediante determinadas condutas estabelecidas nos incisos do artigo 1º da lei já citada.

Observa-se, assim, que ontologicamente as duas condutas trazem danos à sociedade, mas se fossemos mensurar a reprimenda, por conta dos prejuízos causados à sociedade por cada uma delas, o crime de sonegação fiscal estaria valorativamente em um patamar maior do que o do crime de furto, visto que enquanto no furto se tem a subtração de coisa de um particular, no crime de sonegação fiscal nós temos como consequência ontológica a lesão a todos de uma sociedade, já que todos são atingidos quando alguém suprime o pagamento de impostos. Por isso, neste crime, há a quebra de igualdade, à medida que determinado sujeito paga o tributo e o outro resolve omitir informações ao Estado e decide não pagar.

A despeito disso, o STJ (2017) tem jurisprudência consolidada no sentido de que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, é causa de extinção de punibilidade do acusado. Observa-se, então, que o sujeito que comete a sonegação fiscal pode passar por todo um processo e, ao final, se ele adimplir o débito, estará livre de punibilidade.

É importante salientar que, nesse momento, não se visa criticar a conduta do STJ de evitar mais prisões, no entanto, a constatação que se tira é que o mesmo

não acontece para os crimes de furtos, sendo para esses crimes a devolução do objeto causa de diminuição de pena, e não isenção de punibilidade.

Nessa seara, Zaffaroni (2017, p.108) argumenta que em relação a crimes econômicos, crimes de poluição e os chamados crimes de colarinho branco, que são aqueles praticados sem violência, por pessoas de classes mais favorecidas, por exemplo, há uma deficiência do sistema penal na resolução desses crimes. Quando ocorre alguma punição é um instrumento que serve como eliminação competitiva, ou seja, o que há é uma briga de poderes, onde os mais vulneráveis ficam expostos, enquanto os poderosos continuam a não responder a esse tipo de crime.

Desse modo, conclui-se que o sistema penal como um todo diz exatamente quais são os indivíduos que devem estar nas prisões brasileiras, e, como já demonstrado, a maioria esmagadora é composta por negros e pobres. Assim, entendemos que a seletividade é explícita, e não implícita. Há de se salientar que exploraremos melhor da forma racista do sistema penal no próximo capítulo.

Sendo assim, em via de mão dupla, enquanto o legislador detém o poder de dizer o que é e o que não é crime, o qual varia de acordo com o tempo e espaço, os órgãos de controle também não tem condições de atuar em todos os casos, escolhendo assim parcela deles para atuar, sendo, portanto, seletivo. Diante disso, o que vemos são negros e pobres nas prisões brasileiras. Nesse sentido, o Infopen (2017, p.33) traz um levantamento em que negros e pardos nas penitenciárias brasileiras representam um total de mais de 60%.

Isso porque, ao investigar e questionar o sistema penal, se descobriu que, primeiro, a criminalidade é a regra, e não a exceção. Além disso, as cifras ocultas fazem parte do cotidiano das ações dos órgãos penais, se definindo como fatos potencialmente criminosos que chegam à polícia, mas não aos tribunais, sendo diversos os motivos pelos quais isso não acontece. Desse modo, a efetiva criminalização se torna rara e excepcional, à medida que a esmagadora maioria de fatos passíveis de criminalização pertence às cifras ocultas (HULSMAN, 2012, p.48-49).

Desse modo, a ideia de uma prevenção geral positiva, atribuída à pena, que traga reconhecimento às normas penais e ao direito em si possibilita não só que as condutas criminosas sejam vistas como atentatórias à estabilidade social como também atribuem uma expressão simbólica. Nessas ideias utilitaristas, e tendo a criminalidade como regra, os sujeitos condenados por esse sistema nada mais são

do que bodes expiatórios, seja para impedir que outras pessoas pratiquem crimes, seja para mostrar que a norma e o direito estão sendo cumpridos (KARAM, 2012, p.80).

O sistema penal, ainda, rouba o conflito da vítima. Desse modo, não se possibilita que se possa compreender a situação ao qual se foi exposta e, inclusive, caso queira, perdoar o infrator pelo mal causado. Assim, tanto para a vítima quanto para o delinquente há restrições estabelecidas pelo sistema penal que derogam numa aplicação fria e abstrata da lei penal, furtando opiniões e desejos dos sujeitos titulares dos conflitos (DE CASTRO, 2005, p.141).

Não obstante, por fim, percebe-se que o sistema posto, em verdade, não cumpre o que propõe, mas sim tem funções reais de estigmatização e fabrica os seus criminosos, de modo que possamos compreender que temos defeitos inerentes e marginais do sistema penal. Observe, portanto, que todos esses argumentos são de qualquer sistema penal, só que, além disso, o brasileiro enfrenta um incremento, qual seja, as superlotações dos presídios brasileiros e o conseqüente estado de coisas inconstitucional, violando frontalmente os direitos humanos e direitos fundamentais dos presos, familiares e de toda a sociedade.

Há de se buscar, portanto, respostas concretas a esse sistema, e, inclusive, discutir se ele ainda é viável ou se teríamos que abolir. É preciso, então, que esses tribunais, muitas vezes, demandem soluções complexas. Aqui, como enuncia Gabriel Marques (2017, p.7) o papel de guardião da CF exige uma postura diferente, com o fulcro de defender os direitos fundamentais e fazer com que a própria constituição se torne efetiva. Em especial, quando se está diante de problemas tão sensíveis e não resolvidos ao longo de centenas de anos.

3.2.1) Minimalismos

O contexto no qual emergem essas correntes é o da crise de legitimidade ou deslegitimação dos sistemas penais (ANDRADE, 2006, p.168). Os modelos minimalistas coadunam com a limitação da violência punitiva estatal e a máxima contração do sistema penal, sem, contudo, deixar de dar aos problemas sociais existentes a sua devida atenção. Entretanto, as correntes minimalistas enxergam o

direito penal como uma das alternativas na resolução de conflitos, seja de forma transitória ou definitiva. Isso não quer dizer, porém, que os modelos abolicionistas sejam adeptos da extinção do sistema penal de forma repentina. Pelo contrário, veremos mais adiante que eles pregam justamente uma construção diária.

Lola Castro e Rodrigo Codino (2017, p. 391-393) definem as correntes minimalistas como parte da criminologia humanística. Numa análise histórica, alertam para o debate do “criminalizável”. Para o jusnaturalismo, por exemplo, haveria uma ordem natural das coisas, portanto, haveria também condutas criminalizáveis. No positivismo, com Raffaele Garofalo, há um conceito do delito natural. Já a criminologia radical, ou marxismo ortodoxo, na década de 70, introduz, pela primeira vez, o tema “direitos humanos na criminologia” e propõe a carta das nações unidas, trazendo um avanço ao avaliar determinadas leis como úteis por proteger a classe trabalhadora, e não a dominante.

Esse início de uma análise humanística do estudo do crime traz frutos inegáveis, porém, o interacionismo é o cerne para as consequências de teorias abolicionistas e minimalistas, visto que se conceitua pela descrença de valores únicos e absolutos, culminando, assim, na tese de que, como falamos anteriormente, não existe o crime em si, este é criado através de escolhas políticas, tendo em vista o tempo e o espaço (CASTRO e CODINO, 2017, p.393).

Alessandro Baratta (2019, p.197) explica que a criminologia crítica se incumbiu de analisar esse processo de criminalização de determinada conduta, onde identificou os embaraços das relações sociais de desigualdade da sociedade capitalista. Assim, traz como tarefas dos representantes dessa corrente criminológica a construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, tendo como intuito a elaboração de uma política criminal alternativa.

Com isso, chegamos ao encontro da constatação de correntes minimalistas em suas subdivisões, qual seja, a verificação de um sistema penal em crise, que não funciona, e que, portanto, necessita de mudanças. Sendo que todas essas transformações históricas trazidas ilustram a mudança paulatina de pensamento, culminando numa criminologia crítica que se atente para a humanização de uma sociedade que, até então, pouco questionava a existência de um direito penal tal como posto.

O pensamento minimalista tem duas correntes, uma que acredita na deslegitimação do sistema penal e enxerga, assim, uma crise estrutural de legitimidade no sistema penal, alegando que tal sistema, que é uma das formas possíveis de resolução de conflitos, deve ser trocado por outras formas de resolução de conflitos que sejam mais eficientes. Nesse sentido, temos uma primeira corrente minimalista, a qual serve como meio para um fim, qual seja, o abolicionismo (ANDRADE, 2017, p. 265).

Vale salientar, porém, que essas outras formas de resolução de conflitos que negam a resposta penal como legítima defendem uma alteração substancial, até mesmo porque não adianta termos um sistema com um nome diferente, mas que se utilize das mesmas respostas para os problemas atuais. Assim, busca-se uma alteração estrutural.

Ademais, temos outra corrente do minimalismo, que também parte da deslegitimação do sistema penal posto, mas que enxerga a doutrina minimalista como um fim em si mesmo. Assim, na verdade, admite uma crise de legitimidade no sistema penal, a qual se monta como conjuntural, enxergando assim que esse modelo deve ser reestruturado para que haja uma relegitimação do sistema penal.

Este último modelo minimalista busca um direito penal mínimo para uma sociedade futura, como remonta Vera Regina de Andrade (2006, p.176). Ele busca, portanto, efetivar um dos principais princípios atuais do direito penal, como o princípio da *ultima ratio*. Então, caberia assim considerar o direito penal como a última resposta para determinadas condutas.

Desse modo, tanto o modelo minimalista como meio para o abolicionismo como o modelo minimalista como um fim em si mesmo constata a deslegitimação do sistema penal vigente. Assim como as correntes abolicionistas enxergam a situação desse modelo de resolver conflitos. Diante dessa inquestionável convergência, há, porém, ideias divergentes, pelo menos em seu final, mas jamais antagônicas.

3.2.1.1 Minimalismo como fim em si mesmo

Como foi falado anteriormente, estamos diante de uma corrente do movimento minimalista que visa a diminuição do sistema penal ao máximo, porém, não enxerga que seja possível a retirada dele como um todo. Com efeito, focaliza-se em uma deslegitimação conjuntural, que pode ser relegitimada, e, mais do que isso, no suposto perigo de uma sociedade sem o direito penal, mesmo que este sirva apenas para determinadas condutas.

O principal autor da corrente do minimalismo como um fim em si mesmo, Luigi Ferrajoli (2002, p. 264), aponta que a justificação de determinado sistema penal se dá de tal maneira que o mal causado pelas penas deverá ser confrontado com o bem perseguido como fim, sendo-lhe justificável não somente a necessidade, como também a natureza e a medida como males ou custos menores em relação à falta de satisfação do fim almejado.

O direito penal mínimo de Ferrajoli (2002, p. 268) detém dois objetivos, a prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais. Ademais, traz consigo um utilitarismo do direito penal, onde se deve impor um máximo bem-estar possível dos não infratores, corroborando com um mínimo mal-estar necessário dos desviantes.

Com efeito, observa, ainda, que cada delito cometido em determinada sociedade aponta que a pena prevista para o crime não foi capaz de prevenir e que, portanto, seria necessária uma pena maior. Entretanto, o autor não considera este argumento como consolidador de determinado aumento de pena. Do mesmo modo, quando se trata de prevenção de crimes os objetivos servem para dar um limite mínimo à pena cominada ao crime, sem o qual não seria adequadamente realizado e a sanção não constituiria uma pena, mas sim uma taxa, totalmente privada de capacidade dissuasória.

Dessa forma, Ferrajoli (2002, p.268-269) aponta que o direito penal estaria posto justamente para prevenir delitos, ou seja, estaria aqui fundamentado o direito penal pela sua possibilidade de prevenção geral negativa. Por outro lado, estaria o direito penal fundamentado também por sua capacidade de impedir penas arbitrárias aplicadas por particulares. Aqui, o direito penal é legitimado, pois caso a pena estivesse ausente no caso concreto haveria uma reação informal por parte do sujeito ofendido ou de forças sociais ou institucionais que tenham afinidade a ele. Assim, estaria fundamentado por minimizar a reação violenta ao infrator.

É importante alertar, porém, que, ao justificar o direito penal, Ferrajoli acabou por justificar o direito como um todo. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz

Júnior (2003, p. 31-32) elucida que o direito nos protege de um poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, com o fulcro de nos salvar do caos e da tirania, dando oportunidades iguais a todos e, além disso, amparando os menos favorecidos.

Outro ponto em debate é a questão da necessária equação entre crime e falta de repressão penal ocasionando reações arbitrárias por parte da sociedade (QUEIROZ, 2008, p. 36-37). A crítica se faz porque não há nenhuma estatística que demonstre isso na prática, sendo, ao contrário, de conhecimento público, de acordo com os fundamentos que já trouxemos, que as cifras ocultas são bem maiores do que os crimes que, de fato, chegam ao conhecimento das autoridades, e, portanto, as respostas cotidianas da sociedade ao se deparar com as condutas ditas criminosas ocorrem diuturnamente, sem necessária correlação com a reação informal danosa e cruel.

Portanto, para Ferrajoli (2002, p. 269), o direito teria essa dupla finalidade, sendo que a prevenção geral dos delitos reflete o interesse da maioria dos não desviantes, indicando o limite mínimo da pena, e a prevenção geral das penas desmedidas deverá indicar o limite máximo, sendo uma proteção ao próprio infrator. Temos, assim, para o autor, dois interesses antagônicos que representam o contraditório no processo penal. Reconhece, ainda, que esse segundo objetivo é o que normalmente se negligencia e, portanto, o que mais deve ser evidenciado para que tenhamos um direito penal justo.

O direito penal mínimo, portanto, para essa linha de pensamento, se apresenta como técnica de tutela de direitos fundamentais contra a violência do mais forte. Desse modo, temos a busca pela prevenção da prática de crimes cometidos pelo indivíduo, sendo este, nessa relação, o sujeito mais forte, e a sociedade a parte mais fraca. Entretanto, as figuras se alteram quando temos um processo penal, sendo o infrator a parte mais fraca e a sociedade a parte mais forte, tendo em vista a sanção privada que o desviante pode sofrer caso o direito penal não atue (BRITO e SMANIO, 2012, p.208).

Visto isso, Ferrajoli (2002, p.271) alega que o sistema penal só pode ser justificado caso a soma das violências, quais sejam, delitos, vinganças e penas arbitrárias, que ele vise prevenir seja maior que as violências dos delitos não prevenidos e as penas a eles cominadas. Por isso, define um sistema penal

garantista que vise reduzir a violência já amplamente discutida neste trabalho que é produzida por esse sistema.

Nesse sentido, a corrente do minimalismo defendida por Ferrajoli funciona como um relegitimador do sistema penal, já que, apesar de enxergar o sistema penal como defeituoso e gerador de ódio e violência, entende que os custos de uma sociedade sem esse mesmo sistema são demasiados. Por isso, entende que o caminho mais adequado é a criação de um sistema de garantias, redefinido por um direito penal mínimo.

Outros autores, entretanto, a despeito de não acreditarem nas correntes minimalistas como fim em si mesmo, argumentam sobre a relegitimação do sistema posto e os seus caminhos. Isso porque qualquer que seja a linha que enxergue os problemas existentes do direito penal seguirá no sentido de busca de soluções que minimizem as consequências desastrosas por ele produzidas.

Para Alessandro Baratta (2019, p.197-199), essa relegitimação perpassa pela identificação da situação atual, onde se tem as classes subalternas como alvos do modelo penal posto. Nesse sentido, cita uma pesquisa em que 80% dos crimes cometidos que geram encarceramento, em determinado país, é relacionado à propriedade, sendo que tais delitos constituem reações individuais. Assim, torna-se natural que as classes menos favorecidas componham a maior parte da população carcerária.

Coadunando com o estudo citado por Alessandro Baratta, os dados trazidos pelo Infopen (2017, p. 42) demonstram que de pouco mais de 620 mil crimes tentados ou consumados, pelos quais pessoas foram condenadas ou aguardam julgamento, os crimes contra o patrimônio somados ao crime de tráfico de drogas resultam em 455 mil pessoas presas, totalizando mais de 70% do total. Assim, constata-se que, no Brasil, os crimes contra a propriedade, juntamente com o tráfico de drogas, também respondem pela maioria do encarceramento no país, tornando, assim, a crítica pertinente.

Demonstra-se, portanto, as contradições típicas de um sistema penal que aguça as desigualdades e que serve ao capitalismo, ao passo que se tem uma sociedade, na qual não se tem oportunidades e, ao mesmo tempo, criminaliza os sujeitos em condições desfavoráveis economicamente. Aliás, em momento anterior, já demonstramos que direito criminal diz quem são os sujeitos que deverão compor a sua clientela.

Enxerga Baratta (2019, p.199), autor que se declara abolicionista, que a relegitimação deverá, após identificada a injustiça com que se forma o processo de criminalização, passar a adotar como viés material os interesses das classes subalternas, ocasionando uma política criminal alternativa que “colha pela raiz os fenômenos negativos examinados e incida sobre suas causas profundas”, garantindo uma práxis teórica (2019, p. 199).

Nesse mesmo entorno, Lola Castro (2005, p.82) menciona que essa nova criminologia humanística, que tratamos anteriormente como precursora do anúncio da deslegitimação do sistema penal, se pergunta qual deveria ser o conteúdo do justo do Código Penal, para que se possa representar interesses válidos e, também, redefinir sobre o que seria considerado “socialmente negativo”.

Desse modo, também se busca, aqui, uma reformulação do ordenamento penal. A autora sugere que numa possível relegitimação se deve realizar a inclusão do compromisso com a parcela da sociedade que fica marginalizada no atual sistema. Dessa forma, considera impossível a proposição de um projeto transformador em abstrato que não leve em consideração, ao menos na América Latina, que qualquer transformação ouça e se atente para a parte mais fraca do conflito.

Assim, podemos observar que nesse modelo de reformulação de um sistema penal vigente que busque retomar a legitimidade se faz necessário, para os autores minimalistas, um modelo que atenda aos interesses das grandes maiorias desfavorecidas, que, atualmente, fica distante do centro de controle, servindo, pelo contrário, como alvos.

No entanto, Ferrajoli (2002, p. 74), autor símbolo do minimalismo como fim, uma vez que rechaça a ideia amparada pelo abolicionismo, baseia sua posição numa reformulação do sistema penal, de modo que o torne garantista. Dessa forma, alega o autor que as garantias terão função específica no direito penal de condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto e arbitrário da potestade punitiva.

Assim, remonta o sistema penal com a adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, quais sejam, (A1) nula pena sem crime; (A2) nulo crime sem lei; (A3) nula lei penal sem necessidade; (A4) nula necessidade sem injúria; (A5) nula injúria sem ação; (A6) nula ação sem culpa; (A7) nula culpa sem jurisdição; (A8) nula jurisdição sem acusação; (A9) nula acusação sem provas; (A10) nula prova sem defesa (FERRAJOLI, 2002, P. 74-75).

Para o autor, esses princípios definem um modelo de direito penal garantista, o que traria uma reparação e legitimação. Além disso, entende que a aplicação desses princípios iria derogar diversos outros derivados que ensejariam um sistema muito mais justo. Enuncia, ainda, o sistema garantista pautado no princípio da legalidade estrita, visto que tal princípio traria a condição de validade ou legitimidade das leis vigentes. Desse modo, temos um sistema garantista, que relegitimaria o sistema posto e, portanto, fundamentaria o direito penal como um todo.

Douglas Fischer (2009, p.2) também traz uma ideia de relegitimação do sistema penal mediante respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, expõe que um modelo garantista deve respeitar os direitos e deveres fundamentais, alegando ainda que a nossa constituição é garantista. Desse modo, entende pela interpretação sistemática dos princípios, regras e valores presentes na constituição, para que se possa chegar em novos paradigmas a partir da constituição de 1988.

A teoria do garantismo penal tem o objetivo de conceder proteção aos cidadãos contra o poder do estado de proibição e punição. Portanto, se deve legislativamente criar leis que estejam amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio democrático para que o juiz possa seguir a lei. Com isso, se pode dizer que essa linha de raciocínio tem a preocupação de garantir o equilíbrio na proteção de todos os direitos e deveres fundamentais da constituição brasileira (FISCHER, 2009, p.2-3).

Visto isso, podemos perceber que os modelos citados partem de uma ideia de direito penal mínimo, com Ferrajoli, e buscam um relegitimar o sistema, de modo que se possa ter uma teoria garantista o fundamentando. Assim, é possível perceber que o direito penal mínimo legitima o sistema, visando reformas conjunturais para que ele possa, assim, atuar de maneira adequada e, na visão dessa linha argumentativa, justa.

3.2.1.2 Minimalismo como meio para o abolicionismo

Trataremos agora da corrente minimalista que servirá como meio para o abolicionismo. Desse modo, esse movimento entende que o sistema penal está

diante de uma crise irreversível e estrutural. Assim, não veem como relegitimar o sistema penal, visto que há defeitos inerentes ao próprio sistema, que jamais poderão ser sanados.

É importante salientar, desde já, que propor tal modelo não significa dizer que as eventuais reformas promovidas por corrente minimalistas não tenham utilidade. Pelo contrário, qualquer reforma minimalista e que, portanto, vise a contração máxima do direito penal, também é apoiada pelo minimalismo que tem como fim o abolicionismo, visto que a construção dessa teoria perpassa pelo próprio minimalismo.

Nesse sentido, os representantes desse sistema distinguem as chamadas reformas positivas, que são aquelas que servem para conservar o sistema atual, mantendo a sua real função, e as reformas negativas, que são aquelas que produzem reais transformações qualitativas do sistema e servem para ultrapassar, ainda que parcialmente, o modelo posto (ANDRADE, 2012, p. 266). Assim, a possibilidade da despenalização de crimes contra o patrimônio ou do tráfico de drogas é apoiada não só por correntes minimalistas como um fim em si mesmo, como também pelas correntes minimalistas que visam o abolicionismo como caminho.

Dessa forma, Juarez Cirino (2006, p. 120-121) argumenta que o objetivo de uma abolição do cárcere requer atitudes políticas tomadas de forma estratégica. Portanto, preservar a instituição carcerária interessa eminentemente às classes dominantes, enquanto a extensão de medidas alternativas à prisão, a abertura do cárcere à sociedade, as formas alternativas de suspensão condicional da pena e do processo, o livramento condicional e os regimes de liberdade e semiliberdade, bem como outros institutos que visem a contração do direito penal são justificadas plenamente, já que, desse modo, se está muito mais perto do objetivo final, qual seja, a abolição.

Há aqui, portanto, um dos fundamentos para não se opor linhas minimalistas e abolicionistas, pois, apesar de pensamentos divergentes, visto que as primeiras enxergam uma deslegitimação do sistema penal, mas sopesam os riscos da chamada anarquia punitivista, que é a forma como determinados autores veem o abolicionismo, as segundas entendem que a deslegitimação do sistema penal é inerente a ele e não se pode mudar.

Se assim não fosse, não seria necessário abrir este tópico no nosso trabalho. Saliente-se que esse ponto é justamente para trazer um elo entre abolicionismos e minimalismos. Nesse contexto, Vera Regina (2012, p. 268-269) vê a necessidade de reunir-se as doutrinas para que se possa agir, inclusive, de forma estratégica. Isso porque, no campo da prática, as duas correntes oferecem ferramentas de trabalho convergentes e preciosas para que se possa conter a violência e proteger os direitos humanos.

Um exemplo trazido para ilustrar essa convergência de fundamentos é que ambas as correntes, especialmente os princípios minimalistas de Alessandro Baratta, associados a princípios constitucionais de liberdade e dignidade da pessoa humana seria inadmissível o atual modelo que criminaliza tráfico de drogas e toda a conseqüente geração de dor e sofrimento provocados por essa criminalização (ANDRADE, 2012, p. 270).

Com isso, trataremos aqui das políticas minimalistas de Eugênio Zaffaroni e Alessandro Baratta, as quais entendem o sistema penal como impossibilitado de cumprir as funções que foram destinados a cumprir e que postulam ou, ao menos, não negam a possibilidade de, a longo prazo, abolir o sistema penal por completo.

Nesse sentido, ao formular a resposta marginal aos problemas causados pelo sistema penal, Zaffaroni (2001, p. 178) faz questão de rechaçar a ideia de que a posição defendida por ele se trataria de “reformismo pejorativo”, o qual ocorre quando as reformas buscadas servem para relegitimar ainda mais o sistema penal e a forma como ele o é, invés de combatê-lo. Isso porque a sua teoria parte da deslegitimação do sistema penal, da incompatibilidade do discurso que justifica o direito penal com os direitos humanos, de sua neoinstrumentalização e de sua caracterização como instrumento de dissolução comunitária.

É preciso entender, preliminarmente, que a construção criada por esse autor se faz com fundamento em uma análise que tem por base o entendimento de que se está tratando de países marginais, nos quais se tem sistemas penais com todos os problemas de outros países, já que esses são inerentes, mas que ainda traz consigo óbices próprios de sistemas penais marginais, que, portanto, sofrem, ainda mais, com desigualdade social aguçada, falta de industrialização e dependência de países centrais etc.

Como primeiro ordenamento de sua teoria na busca por uma ideia pautada na humanização do sistema penal, diz-se que é preciso que o direito deva atuar sobre o âmbito da realidade existente, e, portanto, deixe de criar a sua própria realidade como retórica (ZAFFARONI, 2001, p. 186-194). Assim, é preciso que o direito passe a atuar com os dados da realidade. Isso porque, ainda que se admita a possibilidade de entender o abolicionismo como uma resposta adequada, há a necessidade urgente de diminuição da altíssima violência gerada por esses sistemas periféricos.

Diante dessa situação, a corrente minimalista deslegitimadora enuncia procedimentos a serem adotados na prática para que se possa amenizar as dores proferidas por esse sistema penal. Nesse sentido, Zaffaroni (2001, p. 175-177) traça algumas das atitudes a serem tomadas, sendo a primeira definida como a mudança no discurso, que seja não violento, realizado pelas instâncias que reproduzem o direito penal.

A saber, temos as universidades e faculdades como grandes reprodutoras dos discursos jurídico-penais, sendo, senão a principal, uma das fundamentais, visto que são nelas onde se tem a maior propagação para as pessoas que estão lidando diariamente como a máquina em questão. Portanto, é inquestionável o poder das universidades na mudança de um discurso que não propague a violência.

Temos ainda os meios de comunicação em massa como grandes propagadores da violência do sistema penal, que nem de longe é fidedigno ao que é apresentado em telejornais. As notícias relatadas por programas de TV, telejornais e outros meios de comunicação tem um motivo principal, que é gerar audiência, sendo que a sociedade, como parte consumidora deste produto, é diretamente afetada pelas notícias repassadas (CASTRO, 2005, p.206).

Nesse sentido, Lola de Castro (2005, p. 206) relata que a notícia funciona como uma construção social da sociedade, assumindo uma forma determinada pelo fator da necessidade técnico-profissional de resumir, atrair consumidores ou, às vezes, transmitir a opinião do próprio jornalista que obtém a informação e redige a matéria, e, também, há interesses políticos e comerciais que filtram o fluxo de informação, decidindo, dessa forma, o que será ou não noticiado de acordo com os interesses de determinada empresa ou das pressões que ela pode receber.

Assim, é necessário, então, que haja uma responsabilidade ao noticiar, conduta que hoje não há. Isso porque os crimes mais explorados pelas mídias

televisivas representam, em verdade e a contrassenso, uma parte minoritária da população carcerária. Como já foi falado, a maioria é representada pelos crimes patrimoniais e tráfico de drogas. No entanto, a forma apelativa dos meios de comunicação nos leva a crer que estamos vivendo incessantemente sob o medo e violência.

Visto isso, vale destacar que um dos desafios dessa corrente de pensamento é a opinião pública, isso porque é ela quem é portadora da ideologia dominante vigente. Temos, na América Latina, uma opinião pública onde se desenvolvem processos de projeção de culpa e do mal, ensejando na realização de função simbólica da pena. Há, dessa forma, uma ação permanente que visa a conservação do sistema posto, produzindo uma falsa sensação de representação de solidariedade que unifica toda uma sociedade na luta contra um inimigo comum, qual seja, o criminoso, que sempre é o outro (BARATTA, 2011, p. 203-205).

Diante disso, se busca, em última razão, legitimar a quebra de garantias penais e processuais penais para que se possa, falsamente, combater o inimigo. Desse modo, ante a hegemonia punitivista, é necessário a criação de um sentimento de necessidade de uma política alternativa criminal, mediante a apresentação de dados e informações que possam ser compreendidos pela sociedade. Em outras palavras, estamos falando aqui na democratização do conhecimento adquirido.

Além disso, a ideia de Zaffaroni elucida ainda que o direito penal mínimo deve ser pautado por todos que enxergam a deslegitimação do sistema penal, acompanhada de processo intenso de descriminalização e de redução da pena de prisão, e limitada pelas garantias atinentes ao direito penal liberal. Assim, busca-se basear o direito penal nos direitos humanos e reconstruir as garantias fundamentais existentes, constituindo uma ética básica de valorização da vida humana (NASPOLINI, 1995, p.100).

Portanto, é importante perceber que estamos tratando de uma linha de pensamento que busca a recuperação de garantia, através dos direitos humanos, tendo em vista a deslegitimação do sistema penal. Devendo, assim, as garantias penais servirem de limite à violência do sistema penal, e não apenas como princípios que deveriam seguir, mas não seguem (NASPOLINI, 2010, p.6).

Desse modo, é importante frisar que Zaffaroni (2017, p.233-235) reconhece o sistema penal como irracional, mas argumenta que as agências judiciais devem, de imediato, agir conforme um discurso que busque estabelecer

limites máximos de irracionalidade aceitáveis nesse sistema, agindo segundo critérios de direitos humanitários. Nesse sentido, entende ser absurdo esperar que o direito penal respeite princípios como o da legalidade, culpabilidade e igualdade, visto que ele foi estruturado exatamente para violar tais princípios. Entretanto, as agências judiciais devem atuar, cada vez mais, com o fulcro de reduzir, até onde possa, o número e a intensidade dessas violações.

Alessandro Baratta também é um dos autores importantes no estudo do minimalismo. Isso porque, apesar de o autor se declarar abolicionista, ele introduz uma política criminal que deve ser adotada a curto e médio prazo como resposta à deslegitimação do sistema penal. Assim, apesar de ter como fim último o abolicionismo, entende ser necessário mudanças no sistema posto, sendo que para corroborar com tal pensamento lança as bases de um direito penal mínimo.

É preciso entender, porém, que a teoria de Alessandro Baratta precisa ser observada sob o prisma da criminologia crítica, já que esta se dirige ao processo de criminalização, identificando nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdades inerentes a sociedades capitalistas. Assim, os representantes da criminologia crítica têm como tarefa a construção de uma teoria materialista do desvio e da criminalização, e elaborar os liames de uma política criminal alternativa, tendo como protagonista das determinações feitas as classes subalternas (BARATTA, 2011, p.197).

Para Alessandro Baratta (2011, p.200-205), as estratégias de uma política criminal alternativa são: (1) a necessidade de uma separação na análise dos fenômenos sociais, como comportamentos sociais negativos, que se encontram em classes subalternas e classes dominantes. Sendo assim, os eventos criminosos de classes subalternas devem ser estudados levando em consideração os conflitos existentes em razão do sistema de produção capitalista.

(2) Partindo da premissa de que o direito penal é desigual, entende que a tutela penal deve voltar-se para a vida dos indivíduos e da comunidade, como saúde, ecologia etc. Além de seus mecanismos deverem voltar-se para o confronto da criminalidade econômica e da grande criminalidade organizada. Assim, trata-se de possibilitar uma maior representação processual em prol dos interesses coletivos (BARATTA, 2011, p. 200-205).

É importante salientar que, tentando evitar cair numa teoria reformista, o que acaba por confirmar o próprio direito penal, o autor acaba ressaltando a

importância de trazer meios alternativos de controle, que podem revelar-se mais eficazes no combate à conduta que se deseja repelir. Desse modo, pugna por uma máxima contração do direito penal de forma rigorosa, além de buscar aliviar, em todos os sentidos, a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes periféricas.

(3) Propõe, ainda, medidas que busquem a conscientização da população em geral sobre as desigualdades do sistema penal e a sua necessidade de mudança. Valendo-se, assim, de produções científicas e propagação de informações, pela mídia por exemplo, com o fulcro de promover um amplo debate sobre a questão criminal e da classe operária. Com isso, se diz que o objetivo é o combate aos estereótipos existentes no âmbito criminal (BARATTA, 2011, p. 200-205)..

(4) Entende não ser possível outro caminho, senão a abolição dessa instituição, tendo em vista o evidente fracasso histórico da instituição carcerária, demonstrado pela criminologia crítica, referente às funções declaradas de prevenção e contenção da criminalidade e reintegração do infrator (NASPOLINI, 1995, p.46).

Desse modo, podemos observar que Alessandro Baratta enxerga o sistema penal como produtor de violência e medo, sem, no entanto, trazer soluções aos conflitos, sendo que, por isso, entende pela abolição do sistema a longo prazo. Entretanto, lança bases minimalistas urgentes que precisam ser seguidas até que encontremos o caminho da abolição completa do sistema. Nesse sentido, entende a pena como produtora de efeitos contrários ao declarado.

Com isso, analisamos as teorias dos principais autores dos minimalismos deslegitimadores, e percebemos que ambos, ao menos, não descartam a deslegitimação do sistema penal e a consequente resposta abolicionista. Entretanto, entendem que é preciso buscar bases que permitam a contração do sistema penal e a busca por adoção imediata de princípios que tenham como objetivo a mínima irracionalidade possível e a reintegração e humanização dos sujeitos subordinados a esse sistema.

Nesse sentido, diversos autores trazem também bases para uma eventual mudança do sistema penal, buscando uma reformulação imediata que vise atender aos direitos humanos e garantias penais e processuais penais, ainda que, por vezes, não considere esse sistema como possível de relegitimar-se, devido às suas falhas inerentes.

Assim, Roberto Bergalli e Juan Ramírez (2015, p.363-367) aduzem que a fundamentação de uma política criminal alternativa deve partir de uma legitimação jurídica dos textos constitucionais. Com isso, há um primeiro terreno de garantias penais que assegurem a proteção efetiva dos direitos e liberdades na perspectiva dos interesses da maioria dos cidadãos. Além disso, a pena privativa de liberdade, assim como a medida de segurança, deve cumprir esses fins num plano concreto, baseando-se em um processo individualizado para que se possa analisar, a cada caso, qual seria a sanção mais apta àquele caso. Para eles, esta posição possibilitaria uma correção imediata na deficiência da atual administração de justiça, por seu automatismo e sua rotina.

Em termos práticos, nos aprisionamentos faz-se necessário, para esta corrente, respeitar os princípios da legalidade e da proporcionalidade nas execuções da pena, o direito à ampla defesa efetivo diante da concessão de benefícios penais e processuais penais. Desse modo, destacam-se a busca pelas mesmas condições de trabalhos intra e extramuros, a proteção à saúde, identidade e dignidade dos detentos, tratamentos especiais para a mulher, em razão das características sociais diferenciadas e um tratamento especial para a mãe detenta reclusa, tendo em vista a proteção da criança, podendo estabelecer e fomentar a prisão domiciliar ou a suspensão da pena e do processo. Ademais, prega-se pela descentralização, desburocratização e participação cidadã da polícia. Dessa forma, se busca o respeito aos direitos humanos, buscando, por parte da ação policial, uma força preventiva e comunitária (DE CASTRO e CODINO, 2017, p. 368).

Uma política criminal que pretenda ser alternativa deve buscar grandes reformas institucionais e sociais para a promoção da igualdade. Segundo Alessandro Baratta (2011, p. 202-204), é preciso evitar pregar uma política reformista, coadunando com a simples expansão do direito penal, ou ajustes secundários, devido a sua possibilidade de, mesmo promovendo a confirmação da ideologia da defesa social, ocasionar uma ulterior legitimação do sistema repressivo tradicional.

Em outras palavras, o cuidado que se deve ter ao defender uma política alternativa que tenha como foco a humanização das penas e do processo de criminalização, bem como das questões tangenciais, é relegitimar esse sistema que se luta para barrar. Dessa forma, se busca, nos modelos minimalistas, a despenalização de condutas que focam exclusivamente nas classes subalternas, e

não no real sentido do que é ou não visto ontologicamente como ruim em uma determinada sociedade.

Em síntese, Vera Batista (2012, p.115) expõe alguns desses desafios a serem enfrentados pela doutrina minimalista para que tenhamos uma política criminal alternativa, sendo eles a mudança radical na política criminal de drogas, produzindo políticas coletivas de controle de legalidade, despenalização de crimes patrimoniais sem violência, como o furto, impedir que familiares de presos sejam punidos, além, claro, da estigmatização que já sofrem, inverter a forma de política de segurança, que hoje criminaliza os pobres, para o amparo aos efeitos das ruínas natureza sob o jugo do capital, ampliação e fortalecimento da Defensoria Pública e o fim da exposição de suspeitos e restrições ao noticiário que busca a emocionalização dos casos criminais, impedindo, dessa forma, um julgamento justo por juízes ou jurados isentos.

Assim, percebe-se que essa corrente minimalista, apesar de bem diversa, pode se ensejar pontos em comum, os quais foram traçados até aqui, e demonstram que reconhecem a deslegitimação do sistema penal posto e busca, diante disso, uma relegitimação, no caso dos que entendem essa corrente ser um fim em si mesmo, ou, ao menos, uma busca por respeito aos preceitos constitucionais vigentes, sem esquecer do objetivo a ser seguido, qual seja, a abolição do sistema penal, para os que acreditam nas correntes abolicionistas penais.

3.2.2 Abolicionismos

A primeira divisão conceitual que temos de fazer aqui é dizer que existem autores que convergem para um sentido de abolicionismo restrito à abolição de um componente específico do sistema penal, como a pena capital. Assim, nessa linha, o abolicionismo serviria para abolir somente uma parte do sistema penal. Há, no entanto, um abolicionismo mais amplo, o qual iremos tratar aqui, onde se visa a abolição, não só da pena de prisão ou de um componente específico do sistema penal, mas de todo o sistema, tendo por base o conceito de sistema penal de Zaffaroni, exposto anteriormente neste trabalho. Vale salientar que, por ser mais

completo fundamentalmente, utilizaremos essa linha abolicionista como parâmetro, sem, no entanto, deixar de mencionar e explicar a linha que tem como fulcro a abolição da prisão em si.

Desse modo, assim como há de se falar minimalismos, no plural, também há a necessidade de compreender que temos diversas correntes abolicionistas com diferentes fundamentações metodológicas, sendo as principais a estruturalista de Michel Foucault, a materialista de orientação marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman e a fenomenológica-historicista de Nils Christie (ANDRADE, 2006, p.1).

Diferentemente do que fizemos ao falar de minimalismos, vamos falar das teorias abolicionistas de forma geral, sem pormenorizar os autores especificamente, visto que, apesar das fundamentações de cada um deles serem diferentes, trataremos de forma que possamos interseccionar os tipos de abolicionismos existentes para que possamos dar uma resposta concreta aos problemas dos países periféricos, em especial o brasileiro.

Os movimentos jovens, em 1968, diante do desgaste decorrente da guerra fria trouxeram questionamentos sobre as certezas universalistas por diversos locais do planeta. Até esse momento, se via nas prisões certezas como se não pudessemos viver sem ela. Surge, então, esse movimento abolicionista como utopia para que tivéssemos mais igualdade nas relações, entretanto havia, ainda, potencialidade desse pensamento se tornar real na atualidade (PASSETI, 2012, p.17).

Diante desse contexto, é importante ressaltar as visões e objetivos abolicionistas. Nesse sentido, enquanto o abolicionismo procura realçar os custos do sistema penal, ou seja, a forma como ele se coloca, os danos inerentes advindos dele, o direito penal mínimo volta-se para os custos de uma possível anarquia punitiva (ZAFFARONI, 2017, p. 103). Assim, se tem, de um lado, teorias organizadas com fulcro em estabelecer diretrizes para que se possa a chegar na extinção do sistema penal por completo e, de outro lado, mas não oposto, teorias com o objetivo de trazer uma máxima contração possível, sem, no entanto, extingui-lo, pois acreditam na ideia de que o desaparecimento do sistema penal pode trazer consequências desastrosas para a sociedade.

No entanto, é necessário ressaltar que o abolicionismo não propõe a falta de sistema de controle, mas sim busca novas formas de controle que sejam, por sua

vez, realmente efetivas e eficientes. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p.104), “o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários”.

Importante pontuar aqui que Raúl Zaffaroni, autor citado neste capítulo para explicarmos sobre o abolicionismo penal, não é abolicionista, mas, sim, minimalista, uma vez que ele entende ser o sistema penal deslegitimado, no entanto, defende que, mesmo diante disso, algumas condutas ainda sejam mantidas dentro de um sistema penal. Entretanto, como falamos anteriormente, ele não nega que se possa, futuramente, adentrarmos às linhas abolicionistas.

Desse modo, estamos falando de uma corrente pautada na resolução de conflitos de forma humana e solidária, respeitando o convívio humano. Em outras palavras, o que se tem de entender, desde já, é que nenhum sistema do mundo, por mais perfeito que seja, conseguirá extinguir as condutas conflitantes que podem acontecer em determinada sociedade. Com isso, o que hoje se conhece como homicídio, furto, roubo, dentre outros, sempre irão acontecer, independentemente da forma que se escolha combatê-los (HULSMAN, 1993).

O que muda de uma sociedade para outra, ou de uma teoria para a outra, é a gradação dessas condutas, ou seja, se elas acontecem com maior ou menor intensidade. As correntes abolicionistas, por sua vez, enxergam que formas de resolução de conflitos mais solidárias sejam mais eficiente e humanas do que as que temos hoje com o sistema penal em ação.

A abolição, porém, não significa extirpar repentinamente as instituições formais de controle e simplesmente, após isso, não ter forma de controle apto a produzir efeito (ANDRADE, 2006, p. 172). A intenção do abolicionismo é, primeiro, abolir a cultura punitivista que existe em nós, mediante abolições de linguagem e categorias estereotipadas existentes nas sociedades, reveladas nas criminalizações primária e secundária, por exemplo. Em outras palavras, se deve começar a ação abolicionista retirando de sujeitos historicamente criminalizados esse estereótipo.

Hulsman (1997, p.212) resume isso quando diz que “a abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos.”. É importante dizer que, até mesmo por questões históricas, a sociedade brasileira não vê com bons olhos ações abolicionistas ou minimalistas. Pelo contrário, o ideal para o senso comum é que se

tenha mais prisões e que as leis penais sejam cada vez mais duras e certas, no sentido de tornar mais difícil para o condenado o cumprimento de pena.

Há um sentimento de incômodo e de insegurança por parte da sociedade, o que acaba tornando nosso tema ainda mais relevante. Desse modo, apesar de a mídia tentar anunciar repetidamente crimes e mais crimes, é preciso dizer, porém, que as estatísticas elaboradas pela polícia ou qualquer órgão responsável não representam a medida de criminalidade de um país, sendo diversos os motivos pelos quais isso não acontece, seja porque o que se diz como “número de crimes”, na verdade se trata de “número de inquéritos” enviados ao Parquet, seja porque há desmembramento de inquéritos, os quais versam sobre o mesmo crime ou, ainda, por causa das cifras ocultas, as quais já foram explicadas anteriormente (HULSMAN, 1993, p.109-111).

Observa-se, então, que a dificuldade de se implementar ideias abolicionistas perpassa também pela opinião pública, a qual está fundamentalmente mais preocupada em mais prisões, visto que elas, as prisões, trazem uma sensação de dever cumprido do Estado. Não é verdade. Já vimos que a sensação de insegurança só aumenta enquanto os números de superlotação e encarceramento nas prisões brasileiras sobem independentemente, e que, sob o pretexto de combater a criminalidade, o sistema penal vive um estado de reforma permanente.

Com isso, para além de discussões teóricas sobre minimalismos e abolicionismos, precisamos nos preocupar em mudar e instruir a população em geral a entender e refletir sobre os problemas e as soluções concretas para os conflitos postos. Para tanto, falaremos adiante sobre políticas públicas que devem ser implementadas como forma de alcance à materialidade dessas teorias.

Diante disso, o abolicionismo se pauta na deslegitimação do sistema penal, enxergando assim que crime é um conceito criado. Ressalta-se que, sobre o tópico anterior, já nos debruçamos sobre o tema e explicamos, ao falarmos sobre a deslegitimação do sistema penal, como este sistema cria e escolhe os seus criminosos. Por isso, não voltaremos a discutir nesse tópico de forma pormenorizada.

Ademais, para Edson Passetti (2012, p. 16), o abolicionismo penal é mais do que a pura abolição do direito penal ou da prisão moderna. Há a problematização da forma autoritária de se resolver problema com que o ocidente está habituado como pedagogia de castigo, atribuindo a um superior o mando do outro. Portanto, se

aduz nesse momento que se retire a conduta punitiva com viés autoritário feita pelo direito penal ao impor determinada pena.

Assim, é preciso observar que cada reforma do direito penal reforça o círculo vicioso de justiça penal, que não suporta o que foge da padronização e que não encara a situação-problema de forma que possa resolvê-la, mas sim cria e estigmatiza sujeitos. Com isso, busca-se, através dessa organização e através do ressentimento popular, uma vingança admitida como política pública (PASSETI, 2012, p.24-25).

O sistema de justiça penal reduz as suas respostas às prisões, enquanto o abolicionismo penal visa a amplitude dessas respostas, podendo elas, inclusive, serem diversas, de acordo com o caso concreto. Desse modo, necessário se faz, para o abolicionismo, entender o crime como uma situação-problema, como entende Hulsman, em vez de rotulá-lo e estigmatizá-lo, para que possamos, a partir de então falar nas soluções enunciadas pelo abolicionismo para resolver os conflitos.

Com isso, o abolicionismo pugna pela abolição de conceitos tradicionais do próprio sistema penal. Em primeiro lugar, abolir os conceitos de crime e de criminalidade, visto que eles foram criados para entender fatos da realidade que existem como situações problemáticas. Diante desse primeiro passo, surgirão outras definições e reações, como o sistema informal de solução de conflitos, modelos compensatórios, de conciliação, terapêuticos e educativos de reação, os quais, hoje, não tem espaço no sistema penal. Além disso, se deve abolir também conceitos como o de gravidade e periculosidade do crime e do delinquente, respectivamente, e o maniqueísmo adotado, sendo este consequência do direito penal do inimigo, que já tratamos. (FOLTER, 2008, p. 186-187).

Portanto, nos enunciados de Maria Lúcia Karam (1997, p. 67-68), tendo a pena uma única explicação, que é a sua função simbólica de manifestação de poder, com o objetivo não declarado de manter e reproduzir esse poder, deve-se abolir gradualmente esses conceitos para que possamos enfrentar os conflitos, tendo em vista os reais fundamentos e soluções eficazes.

Diante do exposto, algumas perguntas sempre surgem ao tratar sobre abolicionismos. Acreditamos que a mais recorrente delas é o que, na prática, se propõe, ou seja, o que colocar no lugar do sistema penal. Nesse sentido, o que se tem de convergente é que não se deve colocar outro sistema que tenha as mesmas características já exploradas do direito penal. Além disso, as respostas aos

problemas não são universais e absolutas, como propõe o sistema penal, mas, sim, dependerá do caso exposto.

Nesse sentido, Edson Passetti (2012, p.17) fala sobre os libertários, encarando o abolicionismo como uma prática de libertação, a qual se relaciona com o cotidiano das pessoas, deslegitimando o castigo como algo eficaz na resolução dos problemas, sendo o crime um desses problemas. Desse modo, ao se deparar com a conduta criminosa, a qual não mais deverá ser vista com esse estigma, é preciso entender as resoluções por meio das respostas-percursos.

As respostas-percursos, na verdade, não estabelecem cominações taxativas, mas, antes, pugna-se pelo conhecimento da questão à fundo, antes de determinar qual resolução deve ser adotada. Desse modo, possibilita a conciliação entre as partes e consequências outras tomadas de forma ajustada entre as partes, ouvindo-as e possibilitando-as de resolverem, em posição de destaques, os problemas das quais são titulares.

Então, em suma, podemos aduzir que o pensamento abolicionista é, em especial pautado na ideia de solidariedade. Nesse diapasão, Louk Hulsman (1993, o.93-94) entende que esta solidariedade se subdivide em quatro: a solidariedade com os condenados, com as pessoas vitimizadas, com o conjunto de pessoas que vivem em sociedade, as quais costumam depositar no sistema penal a esperança pela solução dos problemas, e com os agentes que asseguram o funcionamento do próprio sistema penal.

Com isso, apesar de tarefa difícil, pudemos entender abstratamente sobre as nuances dos abolicionismos penais, já que se trata de uma teoria extremamente prática e que leva em conta a realidade fática. Há de se salientar, entretanto, que voltaremos a aliar essa teoria, em suas críticas e fundamentos, quando falarmos da prática brasileira ao adotá-la, respondendo questionamento plausíveis como a questão da violência, a utopia desse sistema, dentre outras.

4 O E.C.I NO BRASIL E A CONSEQUENTE DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Depois de elucidadas as teorias que pregam a contração ou abolição do sistema penal em face das teorias que acreditam e legitimam o sistema penal posto, devemos analisar o Estado de coisas inconstitucional no Brasil e a consequente (des)legitimação do sistema penal, escolhendo as bases das respostas práticas que objetivem uma melhora no panorama atual.

Desse modo, há de se ressaltar os dados que nos remontam ao quadro citado no ECI e fundamentar o porquê de estarmos tratando-o como justificativa para a deslegitimação do sistema penal brasileiro. Relembrando, assim, não só o que já fora falado sobre o nosso sistema carcerário, como a superlotação e a quantidade de presos provisórios, como também os objetivos da prisão e do sistema penal.

Não devemos esquecer, porém, os fundamentos já abordados neste trabalho para que possamos fazer esta análise. Com isso, lembraremos, ao longo deste estudo, as características desse sistema, sejam elas inerentes, como a seletividade por conta da impossibilidade de se julgar todos os crimes existentes, sejam elas acentuadas devido a condição de país periférico, leia-se, fora do centro de poder.

Assim, começaremos estudando as correntes minimalistas e abolicionistas, só que agora em face do problema brasileiro, para que possamos, ao final, decidir sobre a legitimidade ou a deslegitimidade desse sistema, ocasionando numa resposta dentre essas duas teorias ou, inclusive, combinadas. Desse modo, o objetivo será antever os fins a serem perseguidos diante do grave quadro brasileiro atual.

Isso porque os autores clássicos citados nas teorias até então remontam a criação e tradição das teorias centrais. Entretanto, apesar de tamanho esforço em se esconder o real objetivo do direito penal, parecendo ter, ao menos em alguns países centrais, sucesso, não encontra êxito nos países periféricos como o nosso, sendo, portanto, aparente a realidade em que se opera os sistemas genocidas marginais (ZAFFARONI, 2001, p.39).

Aqui, então, temos questões importantes, que são as características específicas do sistema penal brasileiro, quais sejam, racista e genocida. Há de se ressaltar, portanto, que, embora todas as outras características de deslegitimação já citadas, há essa especificidade nos países periféricos. Com base nisso, falaremos sobre tais liames, demonstrando o porquê de ser assim e, ao final, discutiremos os motivos por considerarmos essas correntes adequadas e urgentes para a resolução da situação do sistema penal brasileiro.

4.1 O FRACASSO DO EFICIENTISMO PENAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Antes de adentrarmos nas teorias que consideramos adequadas à resolução dos problemas brasileiros, iremos tratar sobre a corrente que legitima não só a quebra de direitos e garantias penais e processuais penais em nome da caça a um “inimigo”, mas também evidencia o porquê escolhemos as correntes minimalistas deslegitimadoras e abolicionistas, invés das legitimadoras.

É importante frisar, porém, que o efficientismo legitima o sistema penal, e, portanto, poderia estar no capítulo anterior, mas nós decidimos, por uma questão didática, colocar neste ponto, onde trataremos não só as bases de suas teorias, mas também as práticas adotadas porque quem acredita nela, fundamentando, assim, a sua ineficiência ao tentar resolver conflitos.

A política criminal efficientista tem a sua matriz ligada aos Estados Unidos da América e a Inglaterra, em especial, com os modelos do neoliberalismo liderados por Magareth Thatcher e Ronald Reagan e da política de segurança intitulada "Lei e Ordem", ligada à política criminal de "Tolerância Zero". Diante disso, podemos ter a transnacionalização dessas condutas, as quais visavam, especialmente, uma nova velha cultura de cruzada repressiva (ANDRADE, 2009, p.11-12).

Nas linhas de controle social, essa expansão do direito penal aduzida pelo efficientismo penal aponta para um movimento que dê ênfase (1) a expansão quantitativa do controle exercido, ocasionando uma maximização e verticalização, (2) a expansão qualitativa, derogando em diversificação, redefinindo espaços, sujeitos, penas, métodos, dispositivos, criando novas tecnologias que visem

controlar as pessoas, (3) a expansão do controle social informal, tendo como linhas desde a privatização da prisão à pena privada de morte e (4) a minimização de garantias penais e processuais penais (ANDRADE, 2009, p.12).

Portanto, o efficientismo representa o alargamento do sistema penal, de modo que este modelo vem sendo praticado amplamente ao longo dos anos, legitimando, assim, corte e garantias de direitos, maior repressão policial e o excesso de prisões cautelares, por exemplo. Sobre este tema, no Brasil, os dados demonstram que os presos provisórios representam cerca de 40% do total (INFOPEN, 2016, p. 13-14).

Visto isso, falaremos de três fundamentos teóricos que subsidiam o efficientismo e a conseqüente expansão do direito penal, quais sejam, a política de tolerância zero, a política de lei e ordem e o direito penal do inimigo. Desse modo, poderemos compreender historicamente o efficientismo, ao passo que negaremos a ideia de usar essa teoria como forma de resolução de conflitos.

Para falar da política de tolerância zero, entretanto, é preciso entender o experimento intitulado de "janelas quebradas". Nos anos 80, James Wilson e George Kelling publicaram um estudo que tinha como objetivo estabelecer uma relação de causa e efeito entre a desordem de determinado ambiente com e o acontecimento de crimes.

Nesse sentido, foi sustentado por essa teoria que se a janela de uma fábrica estivesse quebrada e não fosse consertada imediatamente, essa situação geraria um caos, sendo que, após isso, diversas pessoas começaram a instaurar uma situação ainda pior, corroborando com o ambiente desorganizado, sendo o resultado disso a destruição de todas as janelas restantes. Chegava-se à conclusão de que tal fato aconteceu porque passava-se a ideia de que ninguém seria responsável pelo local quebrado, já que as janelas não foram consertadas de imediato, o que gerava uma decadência na rua e para a comunidade que ali vivia (RUBIN, p.2).

Sustentou-se, ainda, que após se instaurar o ambiente de desordem na região, apenas os sujeitos que teriam "tendências criminosas" continuariam a morar e frequentar aquele local. Portanto, as chamadas "pessoas de bem", que não seriam afeitas ao mundo do crime, não frequentariam mais esse local, o qual estaria, então, à mercê da criminalidade (RUBIN, p. 2).

Em 1996, ao lançar a obra definitiva da teoria das janelas quebradas, o autor afirmava, ainda, que havia estrita relação entre a criminalidade violenta e a não repressão de pequenos delitos e contravenções (RUBIN, p.2). Desse modo, se sustentava a política de tolerância zero, ao tentar inadmitir quaisquer condutas criminosas, ainda que ínfimas, para que os crimes violentos não viessem acontecer.

A política de tolerância zero, por sua vez, foi implementada pelo então prefeito de Nova Iorque, Rudolf Giuliani, na década de 90, com o objetivo de reduzir os índices de criminalidade. Nesse sentido, foi se determinando que tivessem combates aos pequenos crimes e delitos, juntamente com abordagens repressivas, com o intuito de prevenir crimes violentos (ALMEIDA, 2007, p.34-35). Assim, se parte da premissa do que foi tratado nas teorias das janelas quebradas, onde se tira a conclusão de que se deve prevenir infrações pequenas para que sirva de exemplo e não aconteçam infrações grandes, violentas e ditas mais graves.

A política supramencionada tem como fundamento a teoria do controle social, em que se considera que o crime é o resultado entre impulsos que conduzem o sujeito à conduta delituosa e os dispositivos físicos e sociais que a detém. Assim, importa dizer que essa teoria pressupõe que as pessoas cometem o crime racionalmente em qualquer hipótese e, portanto, a depender da oportunidade todos poderiam cometer esses atos delituosos. Nesse sentido, são multiplicadas as ações que visam medidas ostensivas de repressão, sem analisar, de fato, a eficácia de tal medida (ALMEIDA, 2007, p.35).

O movimento de lei e ordem tem como fundamento a atribuição de leis mais severas para o combate ao crime, seja por penas de prisão mais longas, seja por penas de morte, de forma que haja a intimidação dos criminosos e, com isso, iniba a prática de crimes. O eixo de discussão, então, prevê a prisão e endurecimento de penas como foco no combate à criminalidade (WACQUANT, 2002).

As políticas e os movimentos citados estão interligados, e é importante que se diga que não foram criadas pelos países marginais, mas, sim, centrais. Nesse sentido, Loic Wacquant (2002, p. 3) argumenta que essas teorias foram apoiadas na ciência e na política do crime, testadas na América do Norte e transformada como um pensamento único de segurança, de forma a transformar-se em "mitos científicos", sem que houvesse, de fato, exames sobre as suas motivações.

O eficientismo, tendo por base essas teorias, fora adotado amplamente no Brasil, por meio de legislações como a lei 8.072, intitulada de lei dos crimes hediondos, e a lei 11.343/2006, que é a lei que tipifica o tráfico de drogas, trazendo elevação da pena mínima, que antes era de três anos, para cinco anos, bem como por meio de reformas que visavam mais encarceramento, novas leis que previam mais tipificações penais e endurecimento de penas de tipos penais já existentes, bem como rigorosidade no cumprimento da pena.

Pode-se dizer que, ainda hoje, paira no imaginário social e político brasileiro que o endurecimento das penas e a consequente expansão do direito penal é o alento da sociedade. Nessa seara, enuncia Loic Wacquant (2002, p.3) que tanto a direita quanto a esquerda política são responsáveis pelo papel de promover a "segurança" adotada pelo eficientismo e ensinamentos norte-americanos. Propondo, assim, as soluções mais primitivas e punitivas possíveis como aumento do contingente policial e consequente intensificação da atividade, combate aos reincidentes e "focos de criminosos da periferia", ocultando assim intencionalmente os crimes de colarinho branco, aceleração de processos e extensão do recurso à detenção, mesmo quando se compreende, amplamente, que o cárcere, na verdade, é gerador de mais crimes, e, portanto, não os previne.

Importante pontuar, ainda, que outro fato que agrava o problema são as discriminações etnorracias e na hierarquia de classes da sociedade brasileira. Além disso, não se deve esquecer a sobrecarga trazidas aos tribunais com esse tipo de expansionismo desenfreado e seletivo. Por óbvio, consequentemente as resoluções dos conflitos, que já eram extremamente ineficazes, acabam por se tornar ainda mais, além de ocasionar a demora demasiada em se discutir temas e situações tão sensíveis (IRIBARREM e APOLINÁRIO, 2018, p. 236 e 239).

Diante disso, podemos dizer que, desde a década de 60, nós temos políticas criminais que visam relegitimar o direito penal, de forma que tenhamos essas expansões na sua atuação de punir. Com isso, a teoria do penalista alemão Gunther Jakobs foi de grande relevância para a política criminal eficientista, já que contribuíra para a criação de um inimigo comum, o criminoso, que sempre é o outro.

Nesse diapasão, Jakobs (2007, p. 36) formula que "um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa", aduzindo que o estado de natureza é a ausência

de normas, o que chama de liberdade excessiva. Com isso, tenta se admitir a quebra de garantias inerentes ao direito penal e processual penal àquele que não se adequa às normas.

Ademais, o direito penal do inimigo tem como defesa a aplicação de um direito penal preventivo, cada vez mais repressivo e emergencial, sob o objetivo de supostamente atender aos anseios de uma sociedade pautada pelo medo e sentimento de insegurança. Assim, os "inimigos" não devem estar abarcados pelas garantias penais e processuais penais de determinados sistemas, sendo que se compreende por inimigo aquele que tem o objetivo de destruir o ordenamento jurídico. Com isso, há, na verdade, a construção de uma teoria que poder-se-ia ser chamada de direito penal do risco, pois objetiva, de fato, aniquilar essas garantias, em face de um indivíduo que oferece risco à sociedade, por ser ele inimigo do direito penal (DE MORAES, 2006, p. 150-153).

Diante disso, entende-se que o direito penal deveria atuar em dois polos, sendo o primeiro o tratamento do cidadão, onde se deve esperar que este aja para que o sistema possa reagir, sob o fundamento de se confirmar a estrutura normativa da sociedade, e o segundo polo seria o tratamento do inimigo, o qual deverá ser interceptado em estágio anterior à exteriorização da conduta, devendo, portanto, combater a sua periculosidade (JAKOBS, 2007, p. 37).

Ocorre, então, a despersonalização do indivíduo, como uma sanção imposta sem que, ao menos, se tenha um processo que legitime. Assim, importa dizer que o direito penal do fato dá espaço a uma política criminal que pune o indivíduo pelo que ele é, e não pelo que praticou ou deixou de praticar. Nessa lógica, diversas foram as legislações, em vários países, que abarcaram tal teoria em distintos graus. Na Alemanha, o tipo penal pode chegar à cogitação⁴, tendo uma pena semelhante à consumação (CABETTE, 2013, p. 2-3).

Essa teoria, porém, não se limita ao direito substantivo, vez que se aplica processualmente, à medida que admite, por exemplo, que a prisão preventiva seja decretada sem que haja perigo concreto que o processado possa representar, baseando-se, tão somente, na periculosidade do "inimigo". Ademais, essa teoria era aplicada, até 1999, de forma mais ampla. Após, fora restringida pelo autor de forma a abranger, enfaticamente, como exemplo maior o terrorismo. Entretanto, alguns

⁴ Segundo o autor, o homicídio pode variar de 5 a 15 anos, já o sujeito que é considerado chefe de organização terrorista pode ter pena de 3 a 15 anos.

outros crimes também estão, ainda, no âmbito de aplicação desta teoria, como os crimes sexuais, criminalidade econômica, tráfico de drogas, racismos e outros (CABETTE, 2013, p. 3).

Tendo em vista a realidade brasileira, como a desigualdade social e a recente abolição da escravidão sem os necessários implementos sociais visando dar dignidade e igualdade de condições materiais aos povos negros, os inimigos do sistema penal, na verdade, são a velha pobreza, atrelada aos discriminados racialmente. Aqui, como foi abarcado anteriormente, o sistema penal escolhe quem estará nas prisões e, portanto, quem será o inimigo da vez.

Desse modo, por mais que os órgãos executivos tenham possibilidade de exercer seu poder repressivo contra qualquer do povo, eles definem as suas preferências, nos moldes já citados, para exercer contra quem quiser. Ademais, há de se ressaltar que, na nossa região marginal, o fator mais deslegitimante do sistema penal é a morte produzida por ele. Nesse contexto, argumenta Zaffaroni (2001, p.39) que as mortes causadas pelos sistemas penais periféricos, como o brasileiro, aproximam-se e, às vezes, é até maior do que as causadas pela “iniciativa privada”. Além disso, alerta para as indiferenças do sistema para as mortes ocorridas no trânsito, para os abortos e para as mortes decorrentes de carências alimentares e assistenciais.

Nessa seara, vidas brasileiras são perdidas, exatamente por não se ter o mínimo de garantias que deveria. Isso porque se deve ter em vista que o sistema penal também contém a força policial e a sua atuação, que, por vezes, legitima, por consequência da teoria do direito penal do inimigo, as abordagens violentas, os sumiços de pessoas e a morte de diversas crianças, as quais sequer puderam se defender de um processo legítimo.

Assim, os inimigos do direito penal são criados levando em consideração a nossa história, o racismo impregnado e a desigualdade social existente, e, por isso, estão nas favelas brasileiras, sendo que, em consequência dessa busca desenfreada e irracional, legitima-se as quebras de garantias, as quais, por vezes, levam a execuções, que são proibidas pela Constituição, e consequentes penas de morte sem anterior processo transitado em julgado.

Portanto, é preciso compreender o sistema posto antes de adotar qualquer linha que objetive a sua expansão, uma vez que ela significará aumentar um sistema que gera dor e sofrimento de forma injusta e contra sujeitos que sequer

poderiam ser capazes de cometer o que se diz combater, o crime em si. Além disso, há de se ressaltar também que, como falamos anteriormente, o inimigo do direito penal jamais poderá ser o outro, quando encaramos esse inimigo como afeito ao crime, já que a criminalidade é a regra, e não a exceção.

Não obstante, a busca por esse inimigo é não só injusta, como criada intencionalmente, pois, como já dissemos também, o direito penal cria os seus inimigos e a sua clientela, sendo que o faz de uma maneira onde os negros, pobres e periféricos sejam alvos constates dessa reprimenda. Nesse sentido, o INFOPEN (2016, p.32) afirma que 64% da população carcerária brasileira são negros⁵, em que pese nós tenhamos 53% de pessoas negras na população total.

Nesse contexto, é preciso compreender também as consequências de tornar o outro como inimigo. Isto porque não é irrealizável entender que a despersonalização de um indivíduo humano é despersonalizar também toda a sociedade e, portanto, toda a humanidade. Assim, devemos entender que ao considerar um inimigo como tal, ele também pode fazer isso reciprocamente. Imagina-se que dois grandes grupos de uma sociedade se considerem como inimigos e resolvam despersonalizar o outro. O perigo, neste caso, é restarem todos despersonalizados e, com isso, desprotegidos do direito e da sua tentativa de humanidade trazida (CABETTE, 2013, p. 8-9).

Dessa forma, o objetivo do Estado parece ser o de tornar o cidadão como seu inimigo, com o fulcro, não de resolver conflitos, mas sim de possibilitar a criação de inúmeros outros, já que não se pode sequer prever as reações dos supostos inimigos criados. Diante disso, há de se lembrar o ocorrido nos Estados Unidos, onde um policial branco asfixiou até a morte um indivíduo negro, como informa o jornal Folha de São Paulo (2020), gerando reações, até então, inimagináveis, mas legítimas, da população, reacendendo o debate das operações policiais violentas e, por vezes, geradoras de mortes.

Zaffaroni (2007, p. 23) aduz ainda que a doutrina do direito penal não cumpre o seu papel, no momento que corrobora com o tratamento de sujeitos como inimigos do Estado, renunciando assim ao Estado democrático de direito. Portanto, deixa-se de punir os fatos para punir as pessoas, as quais, por vezes, sequer praticariam os fatos.

⁵ Importante pontuar que a pesquisa fora realizada com 72% do total da população carcerária, devido à dificuldades de encontrar dados.

Visto isso, há de se considerar o eficientismo como não resolutor de conflito, sob o argumento de não ter nenhum avanço no que tange à diminuição dos dados de criminalidade, como já foi citado neste estudo, bem como na possibilidade de entender o sistema penal, tendo em vista a sua função de criador de conflito. Além disso, é preciso considerar, ainda, que expandir o sistema penal é coadunar com as suas condutas seletivas e racistas, bem como anuir com todas as suas características.

4.2 AS CORRENTES MINIMALISTAS DESLEGITIMADORAS E ABOLICIONISTAS COMO RESPOSTA À REALIDADE BRASILEIRA

Vimos, então, que o sistema penal é pautado na ideia do maniqueísmo, onde divide-se sempre o bem do mal para que se possa convalidar a punição do criminoso. Como aduz Maria Lúcia Karam (2012, p.77-78), a ideia de crime sempre é vista como misteriosa, poderosa e incontrolável, ocasionando com isso uma dimensão fantasiosa e artificial, que cria pânico na sociedade.

Ademais, relutamos em enfrentar a realidade que se esconde nas prisões, ao passo que consideramos o cárcere como algo natural e inerente à vida humana. Esse, então, é o paradoxo existente em nós, já que consideramos a prisão como algo natural, ou seja, presente e inerente em nossas vidas, mas, ao mesmo tempo ausente, vez que não concebemos a ideia de sequer viver nela por um dia que seja. Isso porque, por mais que saibamos a situação dos encarcerados, não admitimos a possibilidade de estar nesse ambiente, sendo que também não nos insurgimos contra ele. Desse modo, a tendência é sempre pensar o criminoso como o outro (DAVIS, 2018, p.16).

Neste ponto, é importante argumentar o que será dito, não só como forma de elucidar as diretrizes deste trabalho, mas com o fulcro de enunciar o cuidado na reflexão que devemos ter, para que passemos a questionar o sistema posto e não mais aceita-lo simplesmente porque há muito tempo convivemos com ele. Em outras palavras, não é o fato de termos convivido com o sistema penal durante anos, muitas vezes sem refletir sobre sua eficácia, que enseja no resultado de que a

sociedade não possa viver sem ele. Ainda mais quando estamos falando de sistemas periféricos como o nosso.

Nesse sentido, o papel do estudioso para Hulsman (2012, p.38-39): 1) demonstrar como as instituições, de fato, funcionam; 2) diante do seu funcionamento, enunciar quais as consequências advindas dele, revelando isso; 3) mostrar o que sustenta essas instituições, o contexto histórico, as restrições que produzem para a sociedade e o porquê de ter se tornado algo tão normal que chega parecer inerente, como se a sociedade vivesse uma verdadeira anarquia sem as instituições e os sistemas, sendo tudo isso parte dos nossos comportamentos e da vida em sociedade como se fosse intocável; 4) trabalhar de dentro dessas instituições para que se possa mudar efetivamente, desenvolvendo modelos alternativos.

Desde logo, cabe salientar que, por mais importantes que possam ser as reformas, a exemplo da tentativa de coibir abusos sexuais nas prisões femininas, os pensamentos que se pautam exclusivamente nas reformas acabam por relegitimar o sistema penal e, com isso, reproduzir um discurso da prisão como algo natural e inerente à vida humana (DAVIS, 2018, p.21-22).

Assim, faz-se necessário elucidar a realidade racista em que atua o sistema penal brasileiro. Nesse sentido, Adam Jay Hirsch, citado por Angela Davis (2018, p. 23), lembra que historicamente acreditavam os defensores do cárcere que as prisões serviriam para reabilitar os sujeitos, enquanto filósofos consideravam que haveria um estado de guerra entre os senhores e seus escravos. Entretanto, existia um paradoxo, vez que o regime interno do cárcere era equivalente a uma plantation, sendo ambas comparadas corriqueiramente. Desse modo, não se pode esperar que as penitenciárias reabilitem prisioneiros.

Ademais, Adam Jay Hirsch, citado por Angela Davis (2018, p. 29), ainda compara os regimes escravagistas e penitenciários, chegando à conclusão de que nas duas há a subordinação dos sujeitos que ali estavam às vontades de outras pessoas, tendo sua rotina especificamente definida pelos que comandavam. Além disso, forte dependência dos internos aos superiores para o fornecimento de necessidades básicas como abrigo e comida, isolando os sujeitos da população em geral.

Mudou-se o sistema, mas a forma de manter o poder e controlar as populações negras e marginalizadas continuam mesmo após abolição da

escravidão. Em alguns países capitalistas, por exemplo, apesar de o estupro ser um dos crimes violentos que mais crescem, as leis penais e o funcionamento do sistema penal que visam proteger as mulheres são elaboradas especialmente para abarcar a proteção de membros das classes mais altas, cujos familiares corriam o risco de serem agredidos. Por outro lado, a preocupação do sistema não é tão incisiva com relação às mulheres da classe trabalhadora. Além disso, também devido a essa proteção, poucos homens brancos são condenados por estupros, nas raras vezes que são levados à justiça (DAVIS, 2016, p. 188).

No Brasil, o sistema penal está intimamente ligado ao racismo, desde o seu nascedouro. Desde a abolição da escravidão, as elites nacionais nunca deixaram de aplicar o uso ostensivo do sistema penal ao controlar as classes menos favorecidas (FLAUZINA, 2006, p.33-34). Nesse contexto, explicamos anteriormente que todos nós cometemos crimes e como o direito penal cria os seus criminosos, selecionando-os, sendo que, na legislação pátria, diversos dispositivos ensejam uma aplicação com o intuito de prender negros e pobres, a exemplo do tráfico de drogas.

A lei 11343/2006, que dispõe sobre o exemplo supracitado, determina, no artigo 28, qual o sujeito que, ao estar com substâncias ilícitas, deve ser considerado usuário ou traficante. Para isso, estabelece que o juiz deve agir atendendo “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

Um estudo realizado, que analisou 4 mil sentenças de 2017, constatou que negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas, sendo que a maioria dessas apreensões era inferior a 100g e 84% dos processos tinham testemunho exclusivo da polícia. Além disso, verificou-se que as condenações das pessoas negras tinham quantidade menor de drogas, chegando a 136,5g, enquanto dos brancos tinham quantidade mais elevada, de 482,4g (FONSECA, 2019, p.2).

Desse modo, o conceito aberto da lei em questão possibilita que, tendo em vista o racismo existente em nossa sociedade e a forma como o sistema penal atua, negros sejam condenados com menor quantidade de drogas, enquanto brancos, muitas vezes com quantidades extremamente superiores, sejam considerados usuários. Sendo assim, o racismo fica mais uma vez explícito nas condutas das agências legislativas e judiciais brasileiras.

Ademais, não devemos esquecer das mortes causadas pelo sistema penal brasileiro e a forma como ele age. Com isso, não se pode olvidar às estatísticas etnorracial, vez que as estatísticas sociais e criminais também demonstram a violência estrutural da nossa sociedade contra afrodescendentes (BATISTA, 2010, p.33).

Podemos dizer, então, que o encarceramento no capitalismo contemporâneo se subdivide em três. O primeiro deles é o de segurança, onde se prende com o suposto objetivo de impedir sujeitos perigosos de causar danos a outros. O segundo é o da diferenciação, no qual se destina a categorias sociais que não são desejadas pela sociedade. O terceiro é o encarceramento de autoridade, o qual tem o propósito de reafirmar as prerrogativas e poderes do estado. (FAUGERON apud BATISTA, 2010, p.33).

O processo histórico latino-americano está sustentado pelo racismo, onde coloca-se negros e indígenas como a barreira que nos distingue da civilização, desde concepções destinadas a se compreender traços civilizatórios. Desse modo, cria-se, com a ajuda midiática inclusive, conformação de imaginário social para se fundamentar a eliminação de determinado contingente humano. Dessa forma, é necessário dizer que a intervenção truculenta e as conseqüentes mortes causadas na atuação do nosso sistema penal são demonstradores das práticas e pressupostos racistas do nosso país (FLAUZINA, 2006, p.33).

Diante da situação exposta e entendendo que ela é inerente aos sistemas penais marginais, uma vez que eles são instrumento de poder e estão à serviço das classes dominantes, sendo que não há como ser diferente, visto que desde a sua concepção as suas bases e fundamentos são dessa forma, entendemos que devemos adotar medidas descriminalizadoras e despenalizadoras cotidianamente, colocando em prática as teorias minimalistas deslegitimadoras e abolicionistas.

Passando a tratar sobre o conceito de abolicionismo penal, este sendo definido sucintamente como uma corrente extremamente multifacetária que visa a extinção do sistema penal, nós temos uma sociedade caracterizada pelo individualismo, imediatismo, competição e ausência de solidariedade no convívio (KARAM, 2012, p. 71). Tais motivos implicam na dificuldade de se propor uma política alternativa à criminal nos dias de hoje.

As correntes minimalistas deslegitimadoras e abolicionistas surgem como alentos às barbáries vividas ao tentar solucionar o problema de segurança pública.

Como falamos anteriormente, essas correntes não necessariamente serão antagônicas. Segundo Vera Malaguti (2020), o minimalismo pode e deve ser uma estratégia abolicionista, sendo que o que vai definir isso será o horizonte, ou seja, onde se quer chegar.

É importante frisar, porém, que qualquer que seja o modelo adotado na resolução dos conflitos, não acabará com as situações conflitantes que existem dentro da sociedade. Em outras palavras, homicídios, furtos, roubos, estupros e outras condutas que hoje são definidas como crimes jamais deixarão de existir, independentemente do modelo ou sistema de resolução de conflitos adotado (HULSMAN, 20, p.).

Além disso, a preocupação com a violência sempre é pauta para os fins almejados pelo abolicionismo, ou, inclusive, usado por pessoas que negam essa corrente como pensamento adequado para responder aos problemas enfrentados pela sociedade. Entretanto, é preciso argumentar que, primeiro, os chamados crimes violentos compõem parte pequena da delinquência. Por exemplo, no Brasil, como vimos anteriormente, de acordo com os dados do INFOPEN (2017, p.41), a maioria dos crimes são patrimoniais e de tráfico de drogas, sendo os crimes violentos responsáveis por pouco mais de 10% dos crimes. Há de se levar em consideração, entretanto, que boa parte das mortes é gerada pelas guerras estabelecidas pelo próprio sistema penal.

Depois, como afirma Hulsman (1993, p.107), alegar que extinguir o sistema penal geraria mais mortes e situações violentas, por consequência, pressupõe que se prove que esse sistema protege de forma eficaz dessas situações e, ainda, que ele seria o único capaz disso, ou seja, que outro mecanismo de resolução de conflitos, que cause menos dor e sofrimento, especialmente à população negra, não seria capaz.

Diante desse cenário e ao observar os últimos 40 anos da política criminal brasileira, em especial a guerra contra as drogas, com tanto derramamento de sangue, tendo a polícia que mais mata e morre do mundo, pergunta-se: por que o apego ao fracasso? Da direita fascista à esquerda punitiva ainda se acredita no dogma da pena. O importante é a fé na purificação pelo castigo e punição (BATISTA, 2010, p.31).

Nesse contexto, Marcelo Campos (2014, p.317) realizou um estudo, onde se analisou a política criminal aprovada no Brasil de 1989 a 2006, e constatou que

foi possível dividir em duas correntes: 1) no endurecimento da política de segurança pública e justiça criminal, sendo este entendido como junção de polícias militar e civil, ministério público, judiciários e diversos órgãos que compõe o sistema de justiça, formulando exclusivamente questões cada vez mais punitivistas; 2) no endurecimento combinado com uma política garantista dos direitos fundamentais dos acusados.

Diante desse cenário e do exposto, consideramos que correntes minimalistas e abolicionistas são aptas a trazer menos dor e sofrimentos a sociedade como um todo, para que, de fato, possamos resolver os conflitos. Para os que, apesar do exposto, entendem ser os abolicionismos e minimalismos existentes utópicos, devemos lembrar que nada é mais utópico do que o sistema penal (PORTUGAL, 2019).

Ademais, essas correntes, ao contrário, são as mais ligadas à realidade possível, vez que considera exatamente a estrutura social existente, e não a inventa, como fazem os legitimadores do sistema penal. Desse modo, elas buscam entender o conflito como são e buscar conciliatoriamente resolver. Atitudes como ouvir a vítima da conduta dita criminoso, entender o porquê se praticou aquele crime e compreender as características socioeconômicas de quem o pratica são ações que estão, a nosso ver, muito mais próximas de resolver as questões brasileiras do que o sistema penal posto.

Nessa seara, quase todos os fatos que envolvem problemas para alguém estão aptos a serem tutelados por procedimentos legais, sejam eles administrativos, civis ou penais, entretanto, não só na realidade brasileira, a maioria deles não o são. Desse modo, a maioria de soluções alternativas ao sistema penal, e, portanto, de justiça criminal, tem natureza prevalecente não legal, sendo que elas não se pautam na invenção de pessoas que criam as regras penais, mas, sim, aplicadas direta ou indiretamente por quem é titular do problema (HULSMAN, 2012, p.50).

Reforçamos então que entendemos, portanto, que a realidade brasileira aqui exposta, com mortes sendo causadas diariamente dentro e fora do sistema penal, a guerra às drogas e a exploração midiática dos crimes violentos de forma, muitas vezes, distorcida, atrelada a conseqüente carga emocional ao tratar do assunto nos faz simploriamente relacionar as ideias de violência e a sensação de insegurança à criminalidade.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam (2012, p.75) fala sobre essa identificação e reforça que a consequência disso é a ocultação do caráter produtor de violência de diversas outras questões não criminalizáveis e não criminalizados que geram violência muito mais danosas e emergenciais. Esses eventos decorrem da política mundial, condenando a situações degradantes e excluindo pessoas e não entregando direitos básicos como saúde, educação e moradia. Entretanto, ilusoriamente se busca reforçar a ideia de que ações individuais de criminosos são mais ameaçadoras do que esses eventos.

Por fim, importa salientar que, por ser a prisão o centro do sistema penal, onde se dá cada vez mais destaque à pena privativa de liberdade, em especial à medida que ocorre a absorção de desempregados e inativos economicamente nesse ambiente, é impensável discutir a abolição apenas da pena de prisão, enquanto as agências judiciais e legislativas, polícias, ministério público continuam existindo e atuando da forma como atuam.

Por outro lado, Maria Lúcia Karam (2012, p. 84 e 86) alega que a absorção das prisões por desempregados e excluídos do mercado, o que chama de versão pós-moderna do exército de reserva, parece fazer com que a pena privativa de liberdade tenha posição de destaque no enfrentamento do número de desemprego e indicando uma reformulação do papel de regulador de mercado de trabalho, já anteriormente adotado. Ademais, é preciso lembrar ainda que a lógica que permeiam a ideia de crime e penas, ainda que alternativas, juntamente com as teorias que as legitimam, é perversa e pautada na violência, seletiva e exclusão já faladas aqui.

Diante disso, apesar de, como já mencionamos, existir correntes que pregam exclusivamente a extinção da pena privativa de liberdade, não nos parece serem essas as mais adequadas ao tratar a questão de sistemas penais, como um todo, racistas. Desde quando se supõe estar diante de uma conduta criminosa, ao haver a atuação do poder de polícia do Estado, esse sistema já começa atuando de forma seletiva e racista, como já fora demonstrado. Também não nos parece lógico que as classes dominantes possam conceber uma ruptura tão branda, e que continuem subsistindo ramificações do sistema penal.

A situação anteriormente exposta, caso fosse possível acontecer na realidade brasileira, nos parece muito mais ensejadora de uma eminente volta ao status quo do que uma ruptura com o próprio sistema penal, ou seja, manter o

sistema penal sem a prisão é equivalente a manter as esperanças daqueles que acreditam nele e correr o risco de que, a qualquer momento, se possa novamente recorrer ao cárcere como resolução de conflito.

Vale salientar, ainda, que o discurso de impunidade não é verdadeiro, especialmente no Brasil, e acaba servindo como substrato para o eficientismo, e a negação de condutas deslegitimadoras. Nós temos, de acordo com dados do CNJ, a terceira maior população carcerária do mundo (VASCONCELOS, 2019, p.1). Com base nisso, não se pode alegar que o Brasil é o país da impunidade, como declaram alguns autores. Ao contrário, nosso país pune, e muito, a questão central é que punimos mal e seletivamente, de acordo com os interesses das classes dominantes e racistas, nos moldes já explicado.

Discursos como esses, na verdade, desviam da possibilidade de busca por soluções que, de fato, sejam eficazes. Isso porque eles são utilizados para ocasionar mais punição, nos afastando, assim, das investigações das razões que deram azo às situações negativas chamadas de crime, ao provocar a falsa sensação de que a punição àquela conduta nos acalentaria e resolveria a situação problema (KARAM, 2012, p.90).

Nesse sentido, como enuncia Maria Lúcia Karam (2012, p.91), surge um dos principais prismas da funcionalidade do sistema penal, já que, com esse discurso, se tornam ocultas as fontes que geram a criminalidade, permitindo e reforçando a ideia de que se deve combater os desvios individuais cometidos, deixando ocultos os desvios estruturais que os alimentam.

Importa lembrar, por fim, que, apesar de punir exacerbadamente em comparação com outros países, paradoxalmente a impunidade é também inerente ao sistema penal, vez que, como já falamos ao tratar da deslegitimação do sistema penal, só haverá sustentação desse sistema com a conseqüente seletividade, ao escolher bodes expiatórios para estarem dentro, com bases nos fundamentos racistas abordados, visto que como todos nós cometemos crimes constantemente seria logicamente impossível punir todas as condutas criminalizadas. Dessa forma, a impunidade faz parte do sistema penal.

Passando ao final de nosso trabalho, devemos ainda demonstrar como o ECI vai servir como fundamento para a deslegitimação do sistema penal. Além disso, trataremos de desnudar esse sistema diante da ação proposta com o intuito

de receber algumas reformas penais e processuais penais, objetivando trazer um pouco mais de dignidade aos detentos.

4.3 O JULGAMENTO DO E.C.I COMO DEMONSTRAÇÃO DOS OBJETIVOS DECLARADOS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A organização não-governamental *Human Rights Watch* (Globo, 2017, p.1) relata as condições precárias do sistema prisional brasileiro. Segundo a ONG, pelos números oficiais, mais de 622 mil adultos estão presos, 67% a mais do que as prisões comportam. A última atualização do INFOPEN (2019), entretanto, demonstra que mais de 748 mil pessoas já compõem a clientela penal. Além disso, se mantido o crescimento de 8,3% ao ano, em 2025 o Brasil pode chegar a 1,5 milhão de presos, segundo Luiz Felipe Barbiéri (2019, p.1).

Além da superlotação das unidades prisionais brasileiras a pleno vapor, as rebeliões e degradações de vidas também se unem ao já péssimo cenário brasileiro. No complexo Anísio Jobim, em Manaus, por exemplo, o número de mortos chegou a 56. Segundo o relatório supramencionado da *Human Rights Watch* (Globo, 2017, p.1), a falta de comida e água são problemas graves dentro de instituições socioeducativas, que alojam menores infratores.

Na verdade, a decadência e precariedade dos complexos penais não são novidade e já vem sendo denunciado por várias entidades e organizações, como vimos anteriormente. Nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público (2017) dispõe de dados sobre o sistema prisional e demonstra que todos as regiões do país estão com problema de superlotação, sendo que a pior situação se passa na região Norte, com mais de 200% de taxa de ocupação com relação à capacidade. Vale dizer que a melhor região é a região Sul, com 132%, no entanto, mesmo assim, ainda há problema de superlotação. Entretanto, mesmo diante desse cenário, há projetos, os quais ficam pairando no imaginário do brasileiro como ideais, que remetem a uma piora substancial nesse sistema, a exemplo da redução da maioria penal e da possibilidade de prisão após segunda instância.

Desse modo, o julgamento do ECI remonta uma análise de conteúdo do que se está observando no nosso sistema, uma vez que se tem a morte como

modus operandi dele. Nesse sentido, Zaffaroni (2001, p.39) entende que o fato morte é caracterizador do exercício de poder dos sistemas penais periféricos, apesar da tentativa de ocultação, como vimos anteriormente.

Ademais, sabe-se que o poder judiciário brasileiro tem atribuição, conferida através de leis e atos normativos, para fiscalizar, inspecionar e até interditar, se for o caso, os estabelecimentos prisionais que infringem à lei de execuções penais, ou seja, que não tenham condições de abrigar pessoas sem retirar a sua dignidade (GIORGI e VASCONCELOS, 2018, p.489).

Entretanto, o que se observa, por tudo que já foi exposto neste trabalho, é que não só chegamos ao que se constata na própria ADPF 347, como também o nosso sistema penal se utiliza de técnicas de tortura, mortes e marginalizações que deslegitimam e remontam a estrutura real desse sistema, com fulcro de estigmatizar e controlar sujeitos.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam (2012, p.84) entende que a função real mais relevante do sistema penal é desempenha pela pena privativa de liberdade, propagando a imagem do criminoso, com o fulcro de ocultar fatos mais danosos não criminalizados ou criminalizáveis socialmente mais danosos, com o que se busca ocultar desvios estruturais, sendo desvios individuais tidos como mais maléficos do aqueles desvios, legitimando, portanto, reações punitivas contra as ações individuais.

Importante ressaltar, porém, a estratégia argumentativa na criação do próprio ECI e de suas decisões, vez que, na verdade, os problemas do sistema penal são produzidos no interior das relações jurídicas concretas. A declaração do ECI, ao apontar origens históricas e estruturais, desloca o problema para o campo da política, isentando o direito e o sistema penal em relação aos conflitos produzidos dentro do próprio sistema (GIORGI e VASCONCELOS, 2018, p.490).

Assim, busca-se bases para a relegitimação de um sistema que tem como objetivo o que está posto na ADPF 347, ocasionando mortes e retirando a dignidade das pessoas que nele adentram. Ademais, o direito penal, que é inteiramente responsável pelas condutas narradas, criando e estigmatizando criminosos, declara a deslegitimação do sistema penal, mas tem o fulcro de relegitimar, perpetuando o ciclo vicioso que ocorre desde sempre.

Portanto, a realidade exposta na ADPF em questão não está da forma que se vê por ser natural ou histórica, mas, sim, por interessar ao direito penal, às

organizações pelas quais entram em contato com o ambiente do sistema, como o aparato judiciário, a administração pública e organização penitenciárias, e às estruturas de poder que assim sejam. Isso porque essa realidade estrutural interessa à forma de diferenciação social e à forma de exclusão e inclusão do sistema penal (GIORGI e VASCONCELOS, 2018, p.497)⁶.

O que fica caracterizado é que as prisões brasileiras são ambientes inapropriados para a vida humana, sendo inconcebível atualmente que qualquer pessoa viva naquele local. Fica, também, caracterizada a incongruência do STF ao reconhecer que esse ambiente está fora do sistema constitucional, que não atende exigências básicas da constituição, e, ainda assim, continuemos mandando cada vez mais pessoas para este local. Vide, assim, a permissão concedida pelo STF da prisão após condenação em segunda instância, com recente entendimento contrário tomado logo em seguida.

Não há, portanto, como conceber que há uma ação em andamento sobre o estado de coisas inconstitucional enquanto se discute e se aceita ações que viabilizem o agravamento da situação. O ECI, portanto, é um problema sério, que já perpassou países como Peru e Colômbia, onde se demandou do poder judiciário uma postura que não é comum, mas que visa garantir direitos fundamentais. Aliás, essa é a função dele, inclusive.

Por isso, ficamos com a análise do Professor Gabriel Marques (2017) que sintetiza a espera do julgamento de tal ação:

Na ação postula-se, em síntese, que a Corte reconheça e declare o ECI do sistema prisional brasileiro. A arguição, então, é voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais.

Diante disso, observa-se que o julgamento do ECI escancarou, mais uma vez, as facetas do sistema penal racista, conforme exposto anteriormente. Ademais, o reconhecimento da falência do sistema penal se deu em vários momentos da ação. O relator Ministro Marco Aurélio (2015), ao proferir o seu voto, trouxe o REX n. 580.252/MS, onde o próprio STF deverá decidir se o Estado deverá indenizar os presos que sofrem danos morais por cumprimento de pena em condições

⁶ Importante salientar que o autor, no texto original, fala do direito no geral. Portanto, a especificação dos direito e sistema penais é dada por nós.

degradantes. Não obstante, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também impetrou ADI de nº 5.170/DF versando sobre o mesmo tema, tendo em vista as condições sub-humanas e insalubres, as quais estão submetidos os detentos.

Além disso, o relator da ADPF (2015, p.2) citou ainda o Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, que versa sobre a possibilidade de, ao receber pena em regime semiaberto, cumprir em regime aberto ou prisão domiciliar, caso não tenham acomodação suficiente. Neste processo, se demonstrou diversos relatos, ouvidos pelo ministro Gilmar Mendes, sobre graves problemas no sistema penitenciário brasileiro. A conclusão deste processo foi de que só haveria três formas de alcançar soluções para a "falência do sistema penal", que seriam "comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional".

Com relação ao mérito, o relator ministro Marco Aurélio (2015, p.4) ainda declarou o que chama de "situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro", revelando ainda as violações sistemáticas de direitos fundamentais dos detentos do sistema brasileiro. Lembra ainda que o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, já comparou as prisões brasileiras às "masmorras medievais" e, por fim, confirmam que dados do CNJ, órgão de fiscalização pertencente ao poder judiciário, confirmam a situação dos presídios brasileiros.

Há, inclusive, relatos específicos de como vivem os presos e de tais violações. Nesse sentido, o relator (2015, p.5) diz que "os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas", em alguns casos comem em mãos ou sacos plásticos e não recebem material de higiene básica, a exemplo de escova de dentes, papel higiênico e absorvente íntimo, no caso das mulheres. Assim, diante da situação exposta não chega à conclusão diversa da seguinte: "no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica".

Além desses, diversos outros relatos já citados no capítulo em que tratamos do ECI especificamente, demonstram a falência do sistema penal. Não obstante, como já demonstramos também, essa não é uma realidade de agora, mas, sim, a maneira que o sistema atua desde os seus primórdios. Com isso, nós temos o judiciário, que é responsável por fiscalizar exatamente esse tipo de situação, mas que se limita a declarar que algo acontece de errado.

A despeito da situação narrada pelos próprios ministros do órgão de cúpula do poder judiciário, a qual serve como demonstradora das faces do verdadeiro sistema penal, o Poder Judiciário continua prendendo provisoriamente sujeitos, de forma que tenhamos, segundo dados do INFOPEN (2019), 30% de pessoas sem condenação definitiva.

Ademais, o que tivemos até agora no julgamento do ECI, segundo Rômulo Moreira (2015, p.2), foi uma vitória de pirro, visto que o STF, até então, apenas concedeu parcialmente dois dos oito pedidos feitos, os quais remontariam para um sistema um pouco menos cruel. Nesse sentido, estabeleceu as audiências de custódias e determinou o descontingenciamento do fundo penitenciário, como já foi falado.

Assim, apesar de ainda não termos julgamento de mérito da ADPF 345, os ministros se ativeram a reconhecer o Estado de coisas inconstitucional, mas ignoraram a necessidade de se fundamentar as decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas das prisões e penas proporcionais à gravidade do delito, assim como a necessidade de, diante do quadro em questão, analisar a real necessidade de não concessão das cautelares na aplicação da pena e durante o processo de execução penal (MOREIRA, 2015, p.3).

Desse modo, as decisões proferidas não fugiram à normalidade do que falamos aqui sobre o sistema penal e seus objetivos em países fora da zona de poder. Vimos que as lutas por reformas penais ensejam em poucas mudanças no sistema, sendo que a tendência é que reformas estruturais não aconteçam, devido aos objetivos reais do sistema penal de exclusão, estigmatização e controlador.

Assim, o *status quo* do sistema penal deve ser mantido, pois os seus objetivos reais continuarão prevalecendo. Por isso, inclusive, temos um poder que é responsável pelas questões que acontecem dentro das prisões, ao passo que mantém posição de relegitimar o sistema penal posto, fazendo com que, no máximo, se tenham alterações pífiyas, que não retirarão os adjetivos inerentes das agências estatais criminais.

Como vimos anteriormente, os objetivos declarados do sistema penal consistem na proteção de valores relevantes para a vida humana, tanto é que diversos autores consideram que um dos motivos de a sanção penal existir é, justamente, a impossibilidade de viver em sociedade sem que ela exista. Desse

modo, a pena, que é o cerne do direito penal, se justificaria pela sua necessidade (BITENCOURT, 2017, p.141).

Entretanto, primeiro, a pena não pode ser imposta a qualquer custo como está ocorrendo, sem que se tenha a mínima condição de sobreviver no local para onde se está cumprindo-a. Depois, todos os objetivos declarados do sistema penal já foram contestados nesse trabalho, de acordo com pesquisas científicas e estudos, nos quais se buscou constatar que, na verdade, o direito penal não serve à sociedade, mas, sim, às classes dominantes.

Nessa linha de raciocínio, alguns autores dizem que o sistema penal em si visa à proteção desses bens jurídicos juridicamente tutelados, os quais são selecionados por critérios políticos criminais. Diz-se, entretanto, que o direito penal tutelar de forma subsidiária, ou seja, apenas atuará em *ultima ratio*, sendo esta limitada pela proporcionalidade, proibindo, assim, o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas (CIRINO, 2018, p.5-6).

No entanto, já citamos aqui vários exemplos nos quais não seria possível enxergar lógica nos critérios políticos criminais, se observados, claro, de acordo com os objetivos declarados, a exemplo da diferenciação feita entre furto e sonegação fiscal. Não obstante, o discurso de última ratio no Brasil também não encontra consonância com a realidade posta, especialmente ao nos depararmos com a criminalização de condutas como tráfico de drogas e, ainda, quando se tem uma mesma conduta tipificada criminal, apesar de ser também prevista sanção administrativa.

É importante que se diga, porém, que lutaremos sempre em busca de melhorias substanciais, e não pontuais. Como foi exposto, a luta abolicionista é diária e perene. Assim, caminharemos com o objetivo de termos, futuramente, um sistema penal menos cruel e antirracista, entretanto, ainda que isso aconteça, é necessário que se reafirme que as falhas inerentes dele continuarão. Por isso, consideramos a extinção do direito penal como benéfica à sociedade brasileira, e não só a sua contração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário caótico das prisões brasileiras é preciso que se afirme que não se pode mais admitir que a forma como se pune no Brasil é adequada. Mais do que isso, é necessário entender pela inconstitucionalidade de prisões que sequer admitem o mínimo de dignidade aos detentos.

Diante disso, deve se entender pela aplicação de mecanismos, seja pela ADPF 347 ou fora dela, que visem romper com essa cultura de punir cruelmente os sujeitos que estão sob a responsabilidade do Estado. Portanto, à sociedade interessa o combate à punição inadequada feita pelas instituições do Estado, que é quem poderia protegê-los.

Portanto, queremos, assim, declarar de suma importância ações como a ADPF 347, que visam a humanização das prisões e dignidade aos sujeitos que nela estão. Entretanto, consideramos que a história mostra que empreender esforços para reformas do sistema penal, na verdade, quase sempre não surte efeito, e, quando surte, é ínfimo. Além disso, é preciso enxergar que, mesmo diante de um sistema penal menos cruel, as falhas inerentes a ele vão continuar existindo e, portanto, ele jamais será resolutor de conflitos.

O sistema penal, de outro modo, desnudado, demonstra bem quais são as suas reais intenções de controle das populações menos favorecidas e não dominantes. A intenção de manter sob controle essa população subsiste, no Brasil, desde os tempos da escravidão.

Nessa lógica, é preciso romper com o sistema penal, não só por causa da sua ineficiência em resolver conflitos, mas, no nosso país, da forma racista que atua, matando e retirando dignidade das vidas negras do nosso país.

Para além disso, o sistema penal atua sempre de forma seletiva. Isso porque a criminalidade, na realidade, é a regra, e não a exceção, vez que todos nós cometemos crimes, sendo que quem vai definir quem estará nas prisões será o próprio sistema penal, por meio de condutas racistas.

Importante salientar, contudo, que a forma robotizada e fragmentada com que o direito penal lida com o conflito, também traz para a sociedade a impossibilidade de ser resolver conflitos, tão somente criando cada vez mais a ilegitimidade do direito penal. Assim como, a posição de inferioridade da vítima, ao

não ser ouvida no processo, de forma que a sua opinião e vontade tenha respeito e prevalência.

Desse modo, entendemos que a situação carcerária exposta na ADPF 347 remonta para uma deslegitimação, demonstrando o sistema racista citado e clamando assim por uma necessidade abolicionista. Importante que se reafirme, porém, que tendemos a achar o abolicionismo penal como uma resposta-percurso, à medida que pugnamos por soluções cotidianas que reduzam o direito penal, até que cheguemos à ideia de que a punição jamais será a forma adequada a resolver conflitos, a não ser que seja consensual.

Por fim, e tendo como tema objeto do nosso trabalho, o julgamento do ECI no Brasil, não só remonta a deslegitimação do sistema penal brasileiro, como também nos leva a refletir sobre os caminhos a serem tomados daqui para frente, dentre algumas reflexões a serem tomadas depois do que foi dito, a exemplo da reflexão acerca do funcionamento do sistema atual e do porquê acreditamos ser tão difícil muda-lo.

Ademais, as decisões tomadas no âmbito de nossa Corte Constitucional só reforçam a ideia de que, de fato, estamos diante de uma deslegitimação do sistema penal. Entretanto, a despeito disso, os rumos não parecem tão acalentadores.

É preciso, assim, mais do que desbloquear verbas e estabelecer como necessárias audiências de custódias, visto que de nada adiantará se continuarmos a ter um poder legislativo não atuante e com vista a, de fato, mudar esse sistema, ou melhorá-lo, e juízes que ainda tenham estereótipos de bandidos arraigados, de forma que nem precise o réu dar uma palavra sobre o que aconteceu, pois ele irá para a prisão.

Relembremos, assim, que os negros são presos como menor quantidade de drogas do que os brancos. Portanto, é preciso, na verdade, culturalmente rechaçar o racismo, e seria bom se o começássemos pelo sistema penal racista e genocida.

REFERÊNCIAS

ADPF 347/DF, 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>

Acesso em: 17 mar 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Resocialización o control social**. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Peru, 1990.

ALMEIDA, Letícia Núñez. **Tolerância zero ou nova prevenção: a experiência da política de segurança pública do município de Porto Alegre, RS**. 2007. Tese. (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS, Porto Alegre. Orientador: prof. Dr. Luciano Fedozzi.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. jul 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **O controle penal para além da (des)ilusão. Pelas mãos da criminologia**. 2012, Florianópolis.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents> Acesso em 27 maio 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 6 ed. 2011.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1. Brasília, 2019.

BARROSO, Rosana Carrijo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, 2008. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2605> Acesso em: 25 maio 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Criminologia e política criminal**. Revista internacional de história política e cultura jurídica. Rio de Janeiro: vol. 1, nº2, 2009.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BERGALLI, Roberto. RAMÍREZ, Juan Bustos. **O pensamento criminológico II – Estado e controle**. Tradução: Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 26 maio 2019.

BRITO, Alexis Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (org.). **Caderno de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais**. São Paulo: Plêiade, 2012.

BRUGGER, Andrey da Silva. LAGE, Daniel Dore. **Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações**. Revista Publicum. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/29042/23687> Acesso em: 20 maio 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito penal do inimigo e gunther jakobs**. Jusbrasil. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937787/direito-penal-do-inimigo-e-gunther-jakobs> Acesso em: 25 maio 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> Acesso em: 20 mar 2019.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 15, Brasília, 2014, p.315-347.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Coleção pensamento criminológico. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítica**. Trad. Amina Vergara. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CIRINO, Juarez dos Santos. **Direito penal**. Parte geral, 8.ed. Florianópolis, 2018.

CNJ. **CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais**. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais> Acesso em: 21 maio 2019.

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números**. 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 20 mar 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença T-153/98**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em 20 maio 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença T-025/04**. Disponível em: Acesso em:

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Estado de coisas inconstitucional**. 2016. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional> Acesso em: 17 mar 2019.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Trad. Marina Vargas, 1.ed. Rio de Janeiro, 2018.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

EL PAÍS. **Violência no Brasil alcança novo recorde e expõe desigualdade na segurança**. São Paulo, 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/politica/1533834219_933937.html Acesso em: 25 maio 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, 2002, 6.ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4.ed. Editora Atlas. São Paulo. 2003.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p.67-82. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/> Acesso em: 20 maio 2019.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de doutrina TRF4**. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html Acesso em: 06 fev 2020.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientadora: Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

FOLHA DE SÃO PAULO. **George Floyd, cuja morte escancarou racismo da polícia dos EUA, é enterrado em Houston**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/06/george-floyd-sera-enterrado-nesta-terca-em-houston-ao-lado-de-sua-mae.shtml> Acesso em: 17 jun 2020.

FOLTER, Rolf S. sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das idéias de hulsman, mathiesen e Foucault. Trad. Natália Montebello. **Revista semestral autogestionária do Nu-Sol**. São Paulo, 2008, p. 180-215.

GIORGI, Raffaele de; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de ilegalidade difusa. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9, n.01, 2018, p.480-503.

GLOBO. **Massacre de Manaus: três presos são transferidos para presídio federal em Brasília**. Distrito Federal, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/05/29/presos-envolvidos-em-massacre-de-manau-sao-transferidos-para-penitenciaria-federal-de-brasilia.ghtml> Acesso em: 25 maio 2019.

GLOBO. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/ong-ressalta-condicao-precaria-do-sistema-prisional-no-brasil.html> Acesso em: 20 mar 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4279, 20 mar 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36679> Acesso em: 15 out 2019.

GUIMARÃES, Marina Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n.49, p.79-111, 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes> Acesso em: 25 maio de 2019.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Luam editora: Niterói, Rio de Janeiro.

HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. **Pensar em clave abolicionista**. Tradução por Alejandra Vallespir. Buenos Aires, Cinap, 1997. Brasília, 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim-boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana> Acesso em: 21 maio 2019.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2.ed. 2012, p. 35-68.

INFOPEN. **Dados do sistema penitenciário brasileiro**. 2018. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias/resource/02f734ca-c793-4625-9d7d-56df7b1a36ff> Acesso em: 21 maio 2019.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciária**. 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf Acesso em 10 nov 2019.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciária**. 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen> Acesso em: 10 nov 2019.

IPEA. **Reincidência criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 10 nov 2019.

IRIBARREM, Aline Santestevan Oliveira; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Penalidade e tolerância zero: do Estado social ao Estado penal e as consequências na realidade brasileira. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília/DF, n.11, jan/dez 2018, p.1-398.

JACQUES, Felipe; BASTOS, Antônio. ADPF: a defesa dos preceitos fundamentais no controle judicial de atos políticos. **Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais**. Salvador, v.4, n.1, p.91-111, 2018.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo – noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2.ed. 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson; DA SILVA, Roberto Baptista Dias (Orgs.). **Conversas abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p.67-84.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2.ed. 2012, p. 69-107.

LEITE, Mariana. **As condições do sistema prisional brasileiro**. A superpopulação e as condições precárias. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://mahellen.jusbrasil.com.br/artigos/337017844/as-condicoes-do-sistema-prisional-brasileiro> Acesso em: 21 maio 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Plea Bargaining: remédio ou veneno. In: **VIII Seminário Nacional do IBADPP Processo Penal e Democracia**. Salvador, 2019.

KREBS, Pedro. **Teorias a respeito da finalidade da pena**. Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais, 2002.

MARMELSTEIN, George. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado (Coord.). **Diálogos Jurídicos Luso – Brasileiros. Perspectivas atuais do direito público – o direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade baiana de direito, 2015, p. 241-266.

MARMELSTEIN, George. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/> Acesso em: 11 out 2019.

MARQUES, Gabriel Dias da Cruz; ESPÍNEIRA, Amanda Nunes Lopes. **Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária**. Revista de direitos sociais e políticas públicas, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/2300> Acesso em: 31 mar 2019.

MARQUES, Gabriel Dias da Cruz. **O que é arguição de descumprimento de preceito fundamental?** Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/167710042/o-que-e-arguicao-de- descumprimento-de-preceito-fundamental> Acesso em: 25 maio 2020.

MONTOVANI, Flávia. **Relação homossexual é crime em 70 países, mostra relatório mundial**. Folha de São Paulo, Uol. 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o “direito penal do inimigo”**. 2006. Tese. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo. Orientador: Prof. Doutor Dirceu de Mello.

MORAES JÚNIOR, Martim Cabelreira de; MAYER, Willian da Silva. **O Estado de coisas inconstitucional colombiano frente à constituição brasileira**. Revista científica do curso de direito. Direito, cultura e cidadania. Osório, vol. 7, n.1, 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. JusBrasil. 2015. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o- julgamento-da-adpf-347> Acesso em: 03 junho 2020.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva**. 1995. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientadora: Vera Regina Pereira de Andrade. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br>. Acesso em: 15 maio 2020.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **Direito penal mínimo e direitos humanos na política criminal de Eugênio Raúl Zaffaroni**. 2010, Ceará.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teoria da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro**. Revista jurídica da universidade de Cuiabá. Vol. 13, 2011.

O GLOBO. **Dez países onde a homossexualidade pode ser punida com morte**. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/mundo/dez-paises-onde-homossexualidade-pode-ser-punida-com-morte-19503677> > Acesso em: 02 nov 2019.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2, ed. 2012, p.13-34.

PERU. **Sentença EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC**. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html> Acesso em: 20 maio 2019.

PORTINARI, Natália. O Globo. **Presos após segunda instância são um quarto da população carcerária**. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/presos-apos-segunda-instancia-sao-um-quarto-da-populacao-carceraria-22961245> Acesso em: 18 out 2019.

PORTUGAL, Daniela. **Abolicionismos feministas**. VIII Seminário nacional do IBADPP. Salvador, 2019.

PRADO, Luiz Régis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Revista dos tribunais online**. Ciências penais, vol. 0, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 3.ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2008.

ROSSETTI, Luiz Fernando. ZIESEMER, Henrique da Rosa. O estado de coisas inconstitucional e as áreas urbanas consolidadas: entre a descaracterização do meio ambiente e a restauração. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br>. Acesso em: 20 maio 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte geral**. Fundamentos: La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jusnavegandi. Disponível em: <https://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730> Acesso em: 10 maio 2020.

SANTOS, Zeni Xavier Siqueira dos. **Negros no cárcere: análise do encarceramento da população negra sob o prisma da teoria labeling approach ou rotulação social e da criminologia crítica**. 2015.

SOUZA, Alcenir Gomes de. **Os modernos movimentos de Política Criminal e sua relação com as Teorias da Pena**. 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-modernos-movimentos-de-politica-criminal-e-sua-relacao-com-as-teorias-da-pena,25865.html#_ftn4 Acesso em: 25 maio 2019.

STF. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385> Acesso em: 20 mar 2019.

STRECK, Lênio L. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Consultor Jurídico, 24.10.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorioconstitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo. Acesso em 20 maio 2019.

TEIXEIRA, João Carlos. **País tem superlotação e falta de controle dos presídios**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios> Acesso em: 25 maio 2019.

VASCONCELOS, Caê. **Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo**. Ponte. Disponível em: <https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/> Acesso em: 20 maio 2019.

VERAS, Ryanna Pala. **Política criminal e criminologia humanista**. 2016. Tese. (Doutorado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC-SP. Orientador: Oswaldo Henrique Duek Marques. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Ryanna-Pala-Veras-Pol%C3%ADtica-criminal-criminologia-humanista.pdf Acesso em: 24 out 2019.

WACQUANT, Loic. Dissecando a “tolerância zero”. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2002. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/> Acesso em: 17 jun 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5.ed. Buenos Aires, Argentina, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito penal**. 2. ed. junho de 2007. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13.ed. São Paulo, 2019.