

Justiça Penal e democracia no Brasil

Eduardo Correia Gouveia Filho

UMinho | 2022



Universidade do Minho

Escola de Direito

Eduardo Correia Gouveia Filho

Justiça Penal e democracia no Brasil

Junho de 2022

Universidade do Minho

Escola de Direito

Eduardo Correia Gouveia Filho

Justiça Penal e democracia no Brasil

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Gerais

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho e da
Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho

Junho de 2022

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial
CC BY-NC

https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

AGRADECIMENTOS

Reputo minha saída do Brasil com destino a Portugal, para realizar meu doutoramento em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho, um ato de coragem pessoal. Tenho plena consciência de todas as dificuldades que enfrentei e todas as dúvidas que tive durante esta longa jornada. Concluo esta importante etapa de minha vida (ainda mais) convicto da lição de Fernando Pessoa, afinal, "quem quer passar além do Bojador, tem que passar além da dor".

Tenho muita gratidão a todos e a todas que de alguma forma me auxiliaram para que eu concluísse o meu doutoramento em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho, realizando, assim, um sonho meu.

Em nome da minha fé, agradeço à Nossa Senhora do Perpétuo Socorro por todas as bençãos a mim destinadas e por guiar meus passos com sua infinita misericórdia.

Agradeço aos meus pais Eduardo Correia Gouveia e Maria Elizabeth Neves Gouveia, pois sem seus apoio e incentivo, absolutamente nada seria possível. Obrigado por todo o amor e por terem tantas vezes sacrificado anseios pessoais para que eu pudesse ter uma vida confortável que me permitisse dedicação plena aos estudos. Espero que todo meu esforço ao longo destes anos possa lhes ser motivo de orgulho. A vocês, todo o meu amor.

Agradeço aos meus familiares, em especial, à Lúcia de Fátima Neves de Almeida, minha tia, de quem sempre recebi muito amor e carinho, o que inegavelmente me deu forças para continuar a escrever esta tese de doutoramento e aplacar da melhor forma possível a saudade que sentia Brasil.

Agradeço à Paula Falcão Bastos, pelo perene encorajamento e pela compreensão nos momentos que precisei estar ausente ou dividir minhas angústias acadêmicas. Sem seu generoso auxílio, o caminho teria sido muito mais difícil.

Agradeço ao amigo Armando Barreiros e Silva pelo feliz convívio em nosso apartamento no sétimo andar do prédio situado na rua Bernardo Sequeira, nº 156. Nunca esquecerei de nossas conversas noturnas que perpassavam por receios, perspectivas acerca de nosso retorno ao Brasil, incentivos mútuos e também muitas risadas. Percebo que ao pensar neste apartamento, palco de tantas lembranças inesquecíveis, vem à mente a frase "*The only thing necessary for the triumph of evil is for good men to do nothing*", afinal, era o

que dizia a pixação em um muro à margem do Rio Este que saltava aos nossos olhos quando chegávamos à nossa sacada.

Agradeço a José Cerdeira Lopes e Maria de Lourdes Lopes pela receptividade na cidade de Braga e por terem feito tudo que estava aos seus alcances para que eu pudesse me sentir em casa na Cidade Bimilenar. Posso afirmar que obtiveram êxito, pois sinto que Braga é também meu lar.

Agradeço à Senhora Ana Maria Magalhães Ferreira pela paciência e por todas as ajudas a mim concedidas na Escola de Direito da Universidade do Minho.

Agradeço à Senhora Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho por ter me aceitado como seu orientando. Da professora Clara Calheiros sou um confesso admirador, pois ela me é um verdadeiro exemplo de dedicada Docente e formidável ser humano. Agradeço também à Senhora Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho por ter aceitado me coorientar e por ter me dado a oportunidade de aprender ainda mais consigo.

Agradeço aos meus colegas de turma do doutoramento em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho, em especial à Gustavo de Paiva Gadelha, dileto amigo que, seja em nossos almoços e jantares em Braga ou nas mensagens trocadas já no Brasil, tanto me incentivou e ajudou nesta jornada acadêmica. Gustavo Gadelha é, para mim, grande exemplo de dedicação, afabilidade e competência.

A todos, minha mais profunda gratidão.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio ou a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 28 de junho de 2022.

RESUMO

Esta tese tem como fundamental escopo investigar se o fortalecimento da denominada justiça criminal negocial no Brasil (algo que também ocorre em vários outros países) é incompatível com a ideia de um sistema penal essencialmente democrático e garantidor de direitos fundamentais de todo cidadão. Para atingir este desiderato, percorreu-se um longo caminho, ocasião em que diversos temas foram abordados, todos irmanados em suas relevâncias para o desvelamento da temática central da investigação.

O Brasil é marcado pelas chagas trazidas de sua colonização e utilização de um sistema de produção baseado na escravidão. Estes são os pilares da gênese de uma sociedade que surgiu de um contexto marcado pelo autoritarismo e do racismo e que engendrou uma deletéria (e duradoura) desigualdade social. Como o Direito não permanece alheio aos demais sistemas sociais, ele absorveu para si estes elementos e os traduziu em uma normatividade que, em que pese ter experimentado momentos mais afetos ao humanismo, mantem-se como perverso instrumento de controle social daqueles cuja presença e liberdade não agradam as elites políticas e econômicas.

Em momentos muito importantes da história do país, como por exemplo o processo de sua independência, a abolição formal da escravidão ou até mesmo o período de "redemocratização" após a ditadura civil militar, observa-se que não houve um movimento de origem popular que, efetivamente, acarretasse uma mudança estrutural na sociedade brasileira. Pelo contrário, estes acontecimentos ocorreram a partir de acordos efetuados pelas elites, cujas intenções sempre foram proteger seus privilégios.

Mesmo com a promulgação da constituição de 1988, não se verificou uma mudança da mentalidade da sociedade brasileira, que ainda perpetua seu caráter autoritário, razão pela qual serve de fértil substrato às atuais práticas neoliberais que promovem o desmonte do bem-estar social, desestruturam os laços de solidariedade da comunidade e incentivam relações pautadas na eficiência. Os princípios democráticos submetem-se aos interesses do grande capital. O Direito é colonizado pela racionalidade neoliberal, sendo a justiça criminal negocial o maior sinal da chegada a um Estado que, graças à possibilidade de todo cidadão poder negociar seus direitos fundamentais como se mercadorias fossem, não pode se dizer democrático, mas sim, pós-democrático.

Palavras chave: Justiça negocial criminal; pós-democracia; neoliberalismo; autoritarismo.

ABSTRACT

This dissertation´s main scope is to investigate whether the fostering of so-called negotial criminal justice (something that also takes place in many other countries) is incompatible with the idea of a penal system essentially democratic and safeguarding of the fundamental rights of every citizen. To reach this target, a long path has been traced, whereby several themes were approached, their relevances harmonized so as to unveil the core theme of this work.

Brazil is plagued by its legacy of a colonial past, where production systems based on slavery prevailed. Such structures were the pillars in the inception of a society that emerged out of a context of authoritarianism and racism, which in turn engendered deleterious (and long-lasting) social inequalities. Since it´s legal system operates within that social background, it bears those undesirable elements. Though it did witness more equitable moments, it remains an instrument of social control for those whom prospects of freedom on the part of others are not appealing to political and economic elites.

During key events of this country's history, for instance its process of independence, the legal abolition of slavery, or even its "redemocratization" following an era of dictatorship, it so happened that grassroots movements seeking the overhaul of Brazilian social structures at a societal level did not take place. On the contrary, these milestones were all carried out according to machinations stemming from the elites, whose intentions were always to protect their privileges.

Even with the advent of its 1988 constitution, whose democratic nature is evident, a significant change in mentality within the Brazilian society was not observed. It perpetuates an authoritarian essence, reason for which that country is fertile ground for neoliberal policies that discourage Welfare practices, doing away with solidarity ties within communities, instead promoting efficiency, productivity, and competitivity. This way, democratic principles are subjected to the interests of capitalist forces. The legal system is thus conditioned, colonized, by neoliberal reasoning, negotial criminal justice being the greatest sign of a state which, thanks to the fact that every citizen may negotiate their fundamental rights as though they were commodities, cannot be called democratic, but rather post-democratic.

Keywords: Negotial criminal justice; post-democracy; neoliberalism; authoritarianism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

1.A GÊNESE DA MENTALIDADE AUTORITÁRIA BRASILEIRA 5

1.1 Brasil Colônia e a escravidão no Brasil: passado e permanências constituidores da gênese do viés autoritário da sociedade brasileira 5

1.2 A escravização indígena e do negro africano 10

1.3 A organização da Colonização: Estado, Igreja e a descoberta de riquezas no território brasileiro 16

1.4 A pretensa modernização do Estado Português 19

1.5 A influência do ensino jurídico português no Brasil 23

1.6 A legislação no Brasil colônia 28

1.7 A legislação brasileira após a sua independência 33

1.8 Os indivíduos "livres" e o controle social através do trabalho e cárcere 40

1.9 A luta abolicionista e a extinção formal da escravidão no Brasil 49

1.10 Criação do Código Penal e Processual Penal brasileiros, governos ditatoriais no país e a formação de uma sociedade com mentalidade autoritária 55

1.11 A Democracia e suas tensões: a escolha constitucional brasileira 69

1.12 A democracia não pode ser confundida com uma simples "regra de maioria" 86

1.13 O sistema penal em um Estado Democrático de Direito: como se caracteriza o sistema brasileiro? 96

1.14 Estado Democrático de Direito e a necessidade da minimização das violências/resposta penal mínima 115

1.15 A busca pela verdade e a função da prova penal em um sistema penal democrático 126

2 DIREITO, NEOLIBERALISMO E ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO: O SISTEMA PENAL COLONIZADO PELO MERCADO 139

2.1 A relação entre o mercado de trabalho e a atuação do sistema punitivo 139

2.2 Perspectivas críticas acerca do surgimento do neoliberalismo 163

2.3 A construção do neoliberalismo no Brasil e a pós-democracia 194

2.4 Justiça criminal negocial: maior símbolo da racionalidade neoliberal no processo penal 211

2.5 Delação premiada 231

2.6 Acordo de não persecução penal 243

2.7 A justiça negocial e sua proximidade com o sistema inquisitório medieval 249

CONCLUSÕES 257

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 262

INTRODUÇÃO

O fortalecimento do sistema de justiça negocial é um fenômeno que se apercebe ao redor do mundo já há alguns anos e, aparentemente, não há nada que o aplaque. Dentre seus exemplos mais famosos estão o *plea bargaining* ianque e o *patteggiamento* italiano. No Brasil, o cenário não é diferente. A constituição federal de 1988, em seu artigo 98, I, inovou ao permitir que houvesse a possibilidade de transação em infrações penais de menor potencial lesivo. O país, ao longo dos anos, passou a contar com vários exemplos de institutos jurídicos que são espécies do gênero "sistema criminal negocial", o que demarcou o aumento da presença das chamadas "zonas de consenso" no processo penal e, assim, gerou a expansão do sistema de punição estatal que passou a se preocupar com delitos de menor importância (menores penas) que antes escapavam à sua atenção.

A lógica da implantação destes institutos obedece a uma ideia essencial: acusação e defesa chegam a um "acordo", no qual o imputado deve adotar posição de abandono de resistência, o que em regra provoca o encerramento antecipado (ou abreviação) do processo com a finalidade de se facilitar a imposição de uma sanção penal com algum grau de abrandamento, o que caracterizaria o benefício ao investigado em razão de sua postura de renúncia à defesa. Busca-se, dessa forma, punir a um menor custo de dinheiro e tempo para o Estado.

Vislumbra-se acelerar o tempo gasto no processo ao se antecipar a concretização das sanções penais. O custo disso é o respeito às constitucionais garantias individuais. Tendo em vista as mais novas reformas legislativas no Brasil, percebe-se que a intenção, agora, é acabar com o próprio processo.

Desde já, é necessário ressaltar que a presente tese só se debruça sobre os institutos jurídicos da justiça negocial que exigem, para a sua concretização, a confissão do acusado. Por isso, analisa-se a delação premiada e o acordo de não persecução penal. Em relação à delação premiada, tem-se que sua origem no Direito brasileiro guarda relações com o Brasil colônia, guardando um desenvolvimento sem igual na legislação brasileira na década de noventa e uma enorme exposição midiática graças a seu uso em operações investigativas como a Operação Lava Jato. Em relação ao acordo de não persecução penal, tem-se que se trata de instituto mais recente e que segue (e fortalece) a lógica caracterizada pela assunção de um viés marcantemente mercantil para dentro do Direito penal e processual penal.

Ocorre que, em que pese estes institutos estejam albergados na legislação ordinária, há todo um arcabouço constitucional que confere ao sistema penal brasileiro um cariz democrático/garantista, a partir da garantia e proteção (ao menos formais) dos direitos fundamentais dos acusados.

Nesta conjuntura, a presente investigação, tem como problema central a seguinte indagação: A justiça negociada corrompeu o Estado Democrático de Direito no Brasil? Ao redor dela, orbitam muitas outras que, ao longo da pesquisa, surgiram e foram respondidas, como por exemplo, como se deu a fundação de um Direito fundamentalmente brasileiro? O sistema processual penal brasileiro é acusatório? Como deve ser caracterizado um sistema penal essencialmente democrático? Como o mercado de trabalho se relaciona com o cárcere? O Brasil tornou-se um Estado Pós-democrático? Se sim, qual foi o acontecimento demarcou esta transição ao Estado Pós-democrático? dentre inúmeras outras.

A tese se estruturou em duas grandes partes com escopos bem definidos, cujas conexões são realizadas constantemente, posto que não se almeja conferir um caráter estanque a cada uma das principais temáticas trazidas em cada uma de suas partes. Também é necessário explicitar que a presente investigação, através de ampla revisão bibliográfica, guarda um caráter substancialmente crítico, não se restringindo a analisar o que está "sob a superfície", mas sim, buscando compreender o que está para além do discurso oficial e as reais motivações do funcionamento de estruturas e institutos jurídico-criminais.

A primeira parte visa examinar, essencialmente, a fundação de uma mentalidade essencialmente autoritária por parte da população brasileira. Para isso, buscou-se suas causas mais antigas, que guardam relação com a invasão europeia ao território que hoje é o Brasil; a sua colonização pautada em massacre e genocídio; e a utilização de mão de obra escrava por parte do colonizador, que vitimou indígenas e africanos. Esses acontecimentos, dadas as suas magnitudes, marcam de tal forma o país que seus reflexos se mantem fortes até os dias de hoje, preservando seu âmago notadamente autoritário e racista e desvelando uma indecente desigualdade social. A origem de diversos males que afligem o Brasil de hoje guarda suas origens na escravidão e no racismo presentes no Brasil colônia.

Assim, em um primeiro momento recorreu-se para a análise historiográfica, ocasião em que se expôs diversos acontecimentos prévios ao surgimento do interesse lusitano na exploração do território que hoje corresponde ao Brasil. Como já dito, realizou-se também

um exame da escravização dos indígenas e dos africanos que foram trazidos ao país para servirem de mão de obra, tendo estes atos buscado "legitimidade científica" em ideias positivistas que colocavam tanto os nativos americanos quanto os africanos na posição de seres inferiores.

Também buscou-se compreender de que maneira a Igreja, a descoberta de riquezas minerais e a modernização do Estado português influenciaram na relação colônia-metrópole e na estruturação de um arcabouço administrativo/burocrático que já se fazia necessário.

Após a análise da criação da primeira constituição do país e suas primeiras codificações penais, momento em que chama atenção a tentativa de compatibilização do liberalismo e a manutenção do sistema escravocrata, passa-se a estudar o contexto histórico da criação da atual codificação penal vigente, qual seja, a ditadura varguista de inspiração fascista, ocasião em que se percebe uma funesta semelhança: tanto os primeiros códigos penal e processual penal brasileiros, quanto os que ainda estão vigentes no país foram criados no exercício de um governo essencialmente antidemocrático, marcado por concepções racistas, excludentes e autoritárias.

O cenário, ao menos aparentemente, ganha novos contornos com o fim da ditadura civil-militar que vigorou por mais de vinte anos no país e o processo de "redemocratização" que culmina na promulgação de uma nova constituição no ano de 1988, que elevava a um papel de destaque a proteção dos direitos fundamentais através de uma principiologia notadamente garantista.

Nesta seção da investigação, se passa a fazer uma análise *macro* das escolhas da assembleia constituinte brasileira pelo Estado democrático de Direito (e consequentemente, a democracia), pela democracia representativa e, posteriormente, por um processo penal democrático, cuja função seria de garantia dos direitos fundamentais do mais débil, que na persecução penal, é o imputado/acusado/réu.

Na segunda parte da tese, propôs-se a pensar as (íntimas) relações entre o sistema penal e o mercado. Para isso, contou-se com o examinado na primeira parte para verificar se a mentalidade autoritária brasileira construída ao longo de tantos anos facilitou a captura da sociedade pela racionalidade neoliberal, gerando transformações, inclusive, no seu Direito.

Inicialmente, buscou-se analisar as relações primeiras entre os interesses mercantis e a construção do sistema penal dos moldes como se conhece na contemporaneidade. O mercado de trabalho e as formas de punição sempre estiveram umbilicalmente ligadas,

tendo os interesses do grande capital ditado as formas de punição e os grupos sociais que deveriam ter suas condutas criminalizadas. O enfoque do primeiro segmento da segunda parte se deu no período da industrialização europeia e à ideia de criação de um grupo de pessoas "docilizadas para o trabalho" através de uma rígida disciplina (alienação da vontade pessoal). A análise perpassa pelo poder disciplinar e criação das *workhouses,* casas de correção e o princípio do *less egilibity.*

Uma grande questão da penalidade do século XX é o incremento do sistema punitivo na medida em que o Estado do bem-estar social é desmantelado. Da mesma forma que as elites clamam por um "menor Estado" para favorecer o mercado, também pedem por um "maior Estado" para controlar as vidas dos não consumidores que colocam em risco seu patrimônio. Assim, gere-se a pobreza através da repressão.

O surgimento do neoliberalismo, atribuído ao Colóquio Walter Lippman e à Sociedade Mont Pèlerin, faz ganhar força a ideia de "homem econômico", considerado como um "empresário de si mesmo". Longe de ser apenas a formatação de ideias restritas ao campo da Economia, o neoliberalismo se constitui de uma autêntica racionalidade que invade os mais diversos campos do social, dentre eles a educação e o Direito.

No Brasil, essa racionalidade encontra um solo fértil na autoritária sociedade brasileira para frutificar e reproduzir sua perversidade sob a forma de uma governamentalidade baseada em políticas econômicas excludentes, aumento da repressão penal, degradação dos serviços públicos (como saúde e educação), diminuição de direitos trabalhistas, etc. Buscou-se apoio, mais uma vez, na historiografia para descrever a construção do neoliberalismo no país, o que remonta à década de oitenta e o período de "redemocratização". Com o passar dos anos, houve um fortalecimento do ideário neoliberal no país, o que constantemente choca-se com os preceitos democráticos cuja proteção, no plano normativo, se dá pela constituição federal. É nesta parte da investigação que se traz a conceituação de Estado pós-democrático.

Por fim, traz-se à baila a exposição daquilo que a presente investigação considera como o principal "termômetro" da colonização do Direito brasileiro pela racionalidade neoliberal, qual seja, a justiça criminal negocial, uma vez que ela se apropria de conceitos de clara conotação econômica para justificar-se, além de transformar o processo (enquanto ele ainda existe!) em um mercado, na medida em que o cidadão brasileiro pode transacionar seus direitos fundamentais como se mercadorias comuns fossem.

PARTE 1

1.A GÊNESE DA MENTALIDADE AUTORITÁRIA BRASILEIRA

1.1 Brasil Colônia e a escravidão no Brasil: passado e permanências constituidores da gênese do viés autoritário da sociedade brasileira

O empreendimento colonizador marcou de sobremaneira a formatação do Brasil, fazendo com que o país carregue ainda hoje muitas das mazelas deste passado colonial. Ele é a gênese de toda a tradição autoritária que pulsa vigorosamente no Brasil. Por isso, considera-se, para os fins da presente pesquisa, o período mais relevante para a compreensão de toda a formatação social, jurídica e econômica deste país sul-americano[1].

Assumindo a ordem cronológica da formação do Brasil, percebe-se a necessidade de se ir mais a fundo e investigar as causas mais remotas/originárias que ensejaram o contexto autoritário brasileiro que se espraia, ainda hoje, nas mais variadas práticas quotidianas e, como não poderia ser diferente, nos fóruns e tribunais nos rincões do país.

Para isso, far-se-á análise de uma fase ainda mais antiga da história do Brasil, mas que por ser considerada como o ponto seminal do caráter autoritário da sociedade brasileira, ganhará maior destaque, o que justifica possuir um tópico só para o tratamento da temática, pois é a partir da colonização brasileira e a implantação do sistema escravista que a gênese do alto grau de autoritarismo presente no Brasil ganha forma e se explicita de forma primeva.

A construção do pensamento autoritário no país é de fundamental importância para esta tese e, desde já, é de especial relevância destacar a lição de Mazzeo (2015, p.117) ao afirmar que "a base real da formação social escravista do Brasil desautoriza o liberalismo e a revolução em sua configuração clássica. Essa especificidade, determinada por tal concretude, não deixaria de gerar um Estado à sua imagem e semelhança". Foi construído um Estado que emana uma violência que mantêm hígida a sua estrutura basilar e que mantinha escravizados e homens livres fora do cenário político.

[1] De acordo com Morais (2019, p.30) é do racismo que se lança mão para produzir o "outro", para desqualificá-lo, torná-lo mal e consequentemente exterminável". Continua o mesmo autor (2019, p.183) afirmando que, atualmente, o extermínio de milhares de jovens afrodescendentes, descendentes dos escravizados africanos que estiveram em território brasileiro, são efeitos concretos da "estética" da escravidão".

É importante afirmar que as colonizações da América, em geral, estão inseridas em um amplo processo de acumulação originária de capital, iniciado a partir do século XVI. A origem do Brasil, de sua descoberta até sua colonização, esteve ligada ao capitalismo mercantil[2] e, depois, ao capitalismo industrial concorrencial (MAZZEO, 2015, p.23). Os capitais, antes acumulados em razão do comércio com o oriente, serão aplicados no maior empreendimento comercial já visto até então: a colonização da América (MAZZEO, 2015, p.56).

Quando os portugueses chegaram ao território que hoje corresponde ao Brasil, encontraram uma população indígena bastante homogênea, tanto em termos culturais quanto em termos linguísticos. Já durante os primeiros contatos estabelecidos entre os nativos americanos e os europeus, havia se construído, por parte destes últimos, uma diferenciação entre os indígenas com qualidades positivas e os com qualidades negativas, o que estava atrelada ao maior ou menor grau de resistência oposto às vontades dos invasores (FAUSTO, 2015, p. 35-36).

O "homem branco" era ao mesmo tempo odiado, temido e respeitado pelos nativos, que os consideravam como "homens que tinham poderes especiais". Por certo, não parece exagero afirmar que a chegada dos europeus na América constituiu verdadeira catástrofe para os indígenas americanos, afinal, se estima a sua população na escala de milhões de indivíduos por volta de 1500 e hoje existem cerca de duzentos e cinquenta mil (FAUSTO, 2015, p.38).

Desde já, é necessário afirmar que, conforme a intelecção de Chauí (2001, p.35), o território que hoje corresponde ao Brasil não estava estes anos todos aguardando a chegada dos invasores europeus. Não é adequado tratar a chegada do europeu como se descobrimento fosse, ou até mesmo, como se "achamento" fosse. Estas são invenções históricas, o Brasil é uma criação do invasor português e seria transformado em colônia. Ao território, os portugueses atribuíram a conotação de "terra abençoada por Deus".

Os diários de bordo das naus que aportam na Bahia no ano de 1500 narram a chegada em um "novo mundo" e essa ideia de "novo" não está relacionada com o fato de

[2] A revolução que, em Portugal, coloca no trono o Mestre de Avis, é liderada por uma burguesia mercantil que lança as bases de um Estado mercantil, pressuposto para a posterior expansão colonial lusitana. A ascensão da dinastia de Avis inaugura um Estado nacional moderno. A burguesia passa a ter papel decisivo nas decisões governamentais (MAZZEO, 2015, p.46). Aqui, deixa-se claro, não se considera o mercantilismo como atividade feudal. O mercantilismo foi uma atividade regulamentada pelo Estado e efetivada pela burguesia realizando a política econômica em uma era de acumulação primitiva. Desta feita, pode-se dizer que Portugal encarna a própria transição do feudalismo para o capitalismo, afinal, seu expansionismo faz parte do largo processo histórico de acumulação capitalista (MAZZEO, 2015, p.54-55).

que jamais alguém havia visto aquela terra, mas sim, porque ela representava um retorno "à perfeição da origem" que se opunha à decadência do velho mundo. É uma visão do paraíso, com pessoas simples e inocentes, modelos ideais para serem catequizados (CHAUÍ, 2001, p.38).

Para Portugal, a chegada ao território brasileiro não gerou grande entusiasmo, principalmente quando se comparada com a chegada de Vasco da Gama nas Índias. A primeira tentativa de exploração do território foi realizada a partir das "Feitorias", tendo sido o Brasil arrendado para um consórcio de comerciantes de Lisboa pelo prazo de três anos. Neste período inicial, a principal atividade econômica foi a extração do Pau-Brasil (que, não por coincidência, é a origem do nome do país). Esta atividade era facilitada por ser também comum às sociedades indígenas, logo, esta atividade extrativista se integrava muito bem ao padrão de vida já estabelecido pelos nativos antes mesmo da invasão do território (FAUSTO, 2015, p.39).

Um ponto de viragem foi a expedição de Martim Afonso de Sousa que tinha por finalidade realizar a patrulha da costa brasileira e estabelecer uma colônia através da concessão de terras aos portugueses que iriam povoá-la, dada a flagrante necessidade de ocupação. O território foi dividido em quinze partes, sendo criadas as "capitanias hereditárias" que Wolkmer (2002, p.47) afirma ser uma prática político-administrativa tipicamente feudal. Para Casara (2015, p.222), durante as três primeiras décadas da colonização portuguesa, houve uma completa estagnação neste processo de ocupação, estando limitada a garantir a simples posse da terra e sua proteção contra eventuais invasores. Desta feita, a chegada de Martim Afonso é um símbolo da mudança de atitude da metrópole em relação à colônia.

Conforme a lição de Mazzeo (2015, p.62), foi a necessidade de produção de mercadorias para um mercado que se ampliava, o aspecto determinante para a ocupação das terras descobertas, destinando-se à produção em larga escala. Desta forma, a expansão da economia de mercado e a utilização das colônias como centros produtores de mercadorias, darão sentido ao sistema colonial.

Nesta primeira "leva" de portugueses que viriam ocupar o território, não havia nenhum membro da grande nobreza. Os ocupantes receberiam uma doação da Coroa

portuguesa, tornando-se possuidores, mas não efetivos proprietários da terra[3] (FAUSTO, 2015, p.40-41).

Pode-se afirmar que a criação das Capitanias, em 1534, deu um impulso à colonização com seu intuito de reforçar a povoação e proveito econômico do território. Neste cenário de doação de sesmarias[4] e formação de latifúndios, a troca de favores foi, por certo, o que permeou esta distribuição das terras, desenvolvendo-se assim o clã patriarcal e o fenômeno do "patrimonialismo[5]" que ainda é intensamente debatido pela Academia brasileira até os atuais dias (CASARA, 2015, p. 223-224).

Esta experiência com as capitanias hereditárias fracassou, tendo somente duas delas desfrutado de algum sucesso (capitanias de São Vicente e Pernambuco). Em 1549, Tomé de Sousa é enviado ao Brasil para ser o primeiro Governador-Geral[6]. Entre 1752 e 1754, marquês de Pombal completou quase que integralmente o processo de passagem das capitanias da esfera privada para a esfera pública. O Governo-Geral foi fundamental na montagem de uma estrutura administrativa própria da colônia (FAUSTO, 2015, p.42).

Desde já, cumpre tratar de uma instituição relevante para a história de Portugal e, consequentemente, para a história do Brasil. Apenas dois anos após a implementação do sistema das capitanias, o Papa Paulo III cria a Inquisição Portuguesa[7]. De acordo com Fausto (2015, p.65) a Inquisição não se fixou em caráter permanente no Brasil. Foram realizadas "apenas" Visitas. O Tribunal do Santo Ofício fundamentou-se na religião para justificar um sistema político arbitrário de sujeição, utilizando um vasto instrumental de ameaças e torturas, culminando com a perseguição de ciganos, negros, mulatos, cristãos-novos, judeus e contestadores de qualquer ordem (Wolkmer, 2002, p.70).

---

[3] Esta doação realizada pela Coroa portuguesa dá origem à formação de vastos latifúndios, que ainda hoje estão presentes no Brasil, principalmente ao norte, em que fazendas chegam a ter aproximadamente o tamanho de alguns países europeus.

[4] Para Mazzeo (2015, p.83) as sesmarias não configuram uma possessão tipicamente camponesa, mas sim, uma concessão feita a um empresário capitalista visando a monocultura de exportação.

[5] De acordo com Wolkmer (2002, p.35), patrimonialismo é "o tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado. Sua prática, no Brasil, ocorre quando o poder público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras". Sobre este conceito, ainda intensamente discutido na sociedade brasileira, é lícito fazer o contraponto de Souza (2017, p.134), que afirma ter sido o conceito de patrimonialismo "comprado" de intelectuais para que formulasse uma teoria liberal moralista aos moldes do que desejavam as elites. Este discurso elitista e conservador do liberalismo brasileiro estaria contido em noções como a do "patrimonialismo" e do "populismo". Afirma Souza (2017, p.135) que sendo estas ideias catapultadas pela mídia transformam-se em armas letais, principalmente quando passa a serem vistas como evidências, sem uma necessária reflexão. Afirma o supracitado autor que o conceito de patrimonialismo é falso por duas razões primordiais: "primeiro as elites que privatizam o público não estão apenas nem principalmente no Estado, e o real assalto ao Estado é feito por agentes que estão fora dele, principalmente no mercado. A elite que efetivamente rapina o trabalho coletivo da sociedade está fora do Estado e se materializa na elite do dinheiro, ou seja, do mercado, que abarca parte do leão de saque" (SOUZA, 2017, p. 136). Para o autor, estas duas teses, quais sejam, do populismo e do patrimonialismo, servem para invisibilizar a ação destruidora do mercado e depois para culpar o Estado e suas elites corruptas de tudo que aconteça (SOUZA, 2017, p.139).

[6] Com ele, também chegam os jesuítas ao território brasileiro, com o fito de iniciar o processo de catequização dos indígenas.

[7] Por uma questão metodológica, neste período será desenvolvida análise acerca dos reflexos da Inquisição portuguesa no território brasileiro. Na segunda parte da presente tese, o tema voltará à tona, contudo, examinar-se-á aspectos mais atrelados aos pontos de contato entre o sistema penal negocial e a inquisição medieval.

Segundo Casara (2015, p.226) o funcionamento dos tribunais de Santo Ofício no Brasil e a ausência de uma rigidez semântica do conceito de heresia, fez com que o Brasil estivesse, pela primeira vez, introduzido em um cenário "*panpenalista*".

A inquisição interferiu na vida da colônia por mais de dois séculos, tendo a atuação do Santo Ofício no Brasil surgido após o início da inquisição na "América Espanhola". O regimento trazido por Tomé de Souza era maleável e não se vislumbrava uma interferência direta das autoridades portuguesas nos credos religiosos. A inquisição começa a se interessar pelo Brasil na medida que o país se torna um grande produtor de açúcar, o que fez enriquecer vários colonos (NOVINSKY, 1985, p.75).

Apesar de em 1580 o Tribunal do Santo Ofício já ter outorgado poderes inquisitoriais ao bispo da Bahia, o Brasil só contará com Heitor Furtado de Mendonça, visitador do Tribunal e cuja atribuição era inquirir pessoalmente os investigados, em 1591. Sua atuação perdurou até 1595 e em seus nove livros de anotações, registrou centenas de denunciações e confissões. O visitador da Inquisição atuou primeiro na Bahia e depois em Pernambuco. Já em 1618, o Tribunal achou por bem enviar outro visitador para a Bahia, mas as inquirições da Inquisição tornaram-se comuns por todo o território brasileiro no período colonial, posto que a "liberdade" em que vivia a população no Brasil incomodava tanto a Igreja quanto a Coroa (NOVINSKY, 1985, p.76-79).

O Tribunal do Santo Ofício nunca se fixou no país e os presos brasileiros, até o século XIX, eram enviados e julgados em Lisboa. O período que registrou o maior número de perseguições a brasileiros, por parte da Inquisição, foi a primeira metade do século XVIII, quando a produção aurífera tinha imenso protagonismo na economia colonial. Neste período, o maior alvo do Tribunal foram os "cristãos-novos" (a maioria composta por mulheres), aproximadamente quinhentos deles foram transportados até Portugal para serem julgados. Um aspecto curioso da atuação da Inquisição no Brasil foi o elevado número de membros do próprio clero que foi preso por práticas de heresias, inclusive a de "críticas aos dogmas, à Inquisição e às autoridades da Igreja" (NOVINSKY, 1985, p.79-81).

Para Wolkmer (2002, p.38-39), sob a lógica lusitana, o Brasil só tinha razão de existir se fosse para suprir os interesses da metrópole. A colônia deveria adquirir todos os produtos que a metrópole pudesse vender. A opressão trazida pelo monopólio imposto por Portugal era extremamente benéfica aos interesses mercantis da burguesia portuguesa, pois as outras nações não colocariam em risco estes seus interesses. A colônia constituiu-se a partir

de uma polarização existente entre os proprietários de grandes latifúndios e um vasto grupo de seres humanos escravizados.

O território que constitui o Brasil foi conquistado militarmente e a forma de produção aqui desenvolvida, qual seja, o regime escravista, pode ser considerado uma extensão de estratégias de conquista territorial que já existiam em Portugal antes de 1500. É por isso que o processo de colonização se aproxima de uma própria "guerra social" (SOLAZZI, 2007, p.25).

O trabalho compulsório passa a ser utilizado em grande escala porque não havia uma grande oferta de trabalhadores em condições de ir ao Brasil, como os "semi-dependentes". Já os assalariados não eram atrativos para os interesses do empreendimento colonizador, pois considerados os grandes tamanhos das terras, não seria viável manter este tipo de mão-de-obra (FAUSTO, 2015, p.44). Na mesma toada, Wolkmer (2002, p.39) acrescenta que homens livres poderiam tornar-se proprietários de terras devolutas que existiam em grande quantidade à época, bem como lembra que a atividade do tráfico negreiro era muito lucrativa e, consequentemente, foi incentivada por gerar um significativo aporte financeiro.

1.2 A escravização indígena e do negro africano

Primacialmente tratar-se-á da escravização do indígena. É necessário afirmar que este grupo possuía uma cultura que desconhecia as formas de trabalho compulsória, regular e intensiva que foram trazidas pelo europeu. Eles cultivavam para a sua própria subsistência e pouco estavam envolvidos com atividades comerciais de troca. Por não perseguirem vigorosamente o ideal de "produtividade" foram taxados de preguiçosos e indolentes, algo que até hoje está impregnado no imaginário popular do brasileiro (FAUSTO, 2015, p.44).

Para Solazzi (2007, p.27) "a legitimidade da escravidão indígena defluiu da própria cessão da jurisdição divina e do domínio eclesiástico para o âmbito temporal monárquico". O processo de "civilização" dos indígenas perpassa pela extração do pau brasil, pela educação fornecida pelos jesuítas em seus aldeamentos, pelo trabalho desempenhado no plantio de cana-de-açúcar e nos troncos de açoites. Inclusive, considera-se como "marco" do início da sujeição indígena, o momento em que este contingente de nativos é retirado do seio de suas comunidades para serem catequizados (SOLAZZI, 2007, p.28).

A justificativa para o assujeitamento dos indígenas, de acordo com Chauí (2001, p.39), derivaria de uma ideia inicial de Deus como criador de uma ordem jurídica geral e

natural. Esta ordem conteria várias “classes” e o que definiria uma alta ou baixa posição na hierarquia natural dos seres seria a medida de sua perfeição e seu grau de poder. Os indígenas eram considerados um povo “sem lei, sem rei e sem fé.” Assim, a submissão dos indígenas apenas obedeceria aos ditames do direito natural, logo, sua servidão seria uma “obra espontânea da natureza”, já que eram considerados naturalmente inferiores e deveriam ser comandados por seus superiores, os europeus, pois dotados de liberdade e saber racional.

As escolhas advêm da racionalidade do sujeito de direito e o exercício das faculdades humanas é completamente facultativo. Assim, os que não exercitariam a sua faculdade de serem livres, escolheriam (voluntariamente ou não) a servidão. Portanto, a inferioridade hierárquica dos nativos americanos, na hierarquia do direito natural (inferioridade objetiva), justifica, subjetivamente, a “escolha” destes indígenas pela servidão. A partir desta perspectiva eminentemente europeia, a exploração do trabalho compulsório dos nativos estava plenamente legitimada (CHAUÍ, 2001, p.40).

Sobre os aldeamentos, indica Solazzi (2007, p.32) que havia outras formas de disciplinamento e controle dos indígenas. Uma estratégia muito efetiva foi doar faixas de terra para os nativos “civilizados/catequizados” nos arredores das regiões mais desenvolvidas e urbanizadas. Assim, eles poderiam desenvolver a agricultura e suprir a necessidade de alimentos da região. Sob esta lógica, os assentamentos possuíam uma dupla importância: a propagação da fé cristã e a produção agrícola.

Foram intentadas contra estes grupos étnicos duas formas de escravização: a primeira foi a sujeição mais comum e a outra foi realizada por agrupamentos jesuítas, que queriam, através do ensino, transformar os indígenas (com seus rituais e religiosidade própria) em “bons cristãos”, ideia que perpassava, claramente, por obedecerem rituais de trabalho “produtivos” próprios dos europeus. É necessário ressaltar que estas duas formas de escravização não eram equivalentes, tendo as ordens religiosas, por diversas vezes, protegido os indígenas contra atos de violência, o que não significa dizer que os religiosos respeitavam completamente a cultura indígena (FAUSTO, 2015, p.44).

Por já habitarem o território, é evidente que estes grupos de nativos conheciam muito melhor a terra do que os europeus. Por isso, resistiram de várias formas à sujeição imposta, principalmente pela guerra e pela fuga. Outra dificuldade enfrentada pelos portugueses quando da tentativa de sujeição dos indígenas foi o elevado grau de morte

deste grupo. O contato com os europeus fez com que fossem vítimas de diversas doenças, como a varíola e a gripe (FAUSTO, 2015, p.46).

Por conta de uma série de fatores, dos quais se pode destacar a ausência, no interior das comunidades indígenas, de um soberano que constrangia a todos pela unidade política (logo, a ausência de um "rei" nos moldes europeus), pôde-se desenvolver, por parte do português, a construção da ideia de "selvageria do nativo", o que foi utilizado como instrumento de dominação política que, no discurso oficial era tido como pacificador, mas concretamente, era sanguinário. Percebe-se desta forma que os massacres militares que vitimizaram as populações ameríndias revelam como os discursos de poder derivam das reduções dos jesuítas, da escravização e extermínio destas populações (SOLAZZI, 2007, p.48).

Em que pese a indiscutível influência indígena na formação da cultura brasileira, o mesmo não se pode dizer em relação à formatação da cultura jurídica/Direito brasileiro, uma vez que os indígenas não conseguiram impor suas leis de forma efetiva às populações que já habitavam a colônia, como os africanos e os portugueses (WOLKMER, 2002, p.46).

Neste cenário, a Coroa começa a incentivar a importação de africanos[8] e a promulgar leis que visavam impedir a escravização desenfreada dos indígenas[9]. Apenas em 1758 a Coroa portuguesa determinou a extinção desta escravidão indígena (FAUSTO, 2015, p.46). Solazzi (2007, p.74) lembra que a escravização de cada grupo (nativos e negros africanos) foi demarcada por específico interesse da coroa portuguesa.

A justificativa para utilizar a mão de obra compulsória dos escravizados africanos guarda algumas semelhanças com a usada para fundamentar a exploração dos nativos, sobretudo vinculadas à utilização do Direito natural. Mais uma vez recorre-se à natureza para afirmar que os ameríndios não tinham afeição com a lavoura, enquanto os africanos tinham. Outra justificativa advinda do Direito natural era que os corpos dos africanos poderiam ser explorados, pois eles eram considerados "vencidos de guerra", então cumpria aos vencedores desta guerra, através da legitimidade trazida pela vitória, explorar os vencidos como bem quisessem. Estas justificativas baseadas no Direito natural serviam de

[8] Solazzi (2007, p.75) afirma que provavelmente o primeiro movimento de introdução de africanos no território brasileiro, através do português, ocorreu em 1525.

[9] Estas leis eram comumente desrespeitadas, mostrando que o desrespeito à legislação, sem maiores repercussões legais na prática, é uma realidade do país desde o início da ocupação europeia do território. Mesmo depois da promulgação destas leis, a escravização dos indígenas ocorria em decorrência das "guerras justas" que se "legitimavam" a partir de, por exemplo, punição à prática da antropofagia (FAUSTO, 2015, p.46). É necessário ressaltar que a Igreja não se posicionou de forma contrária à escravidão do negro africano.

“cortina de fumaça” para esconder o que, de fato, mais era relevante: o tráfico negreiro era muito atrativo comercialmente (CHAUÍ, 2001, p.40).

A partir destas medidas referenciadas, a metrópole passou a investir maciçamente na escravidão dos africanos. Portugueses já tinham realizado este tipo de tráfico, conhecendo o valor mercantil do escravo africano, bem como conhecendo as suas habilidades e cultura de trabalho. Dentre os anos de 1550 e 1855, foi estimado que quatro milhões de escravizados tenham chegado aos portos do Brasil, tendo 70% deste contingente advindo do território angolano. Diferentemente dos indígenas, os escravizados africanos não estavam no seu território de origem, o que dificultava as formas de resistência. Com isso, não se quer dizer que eles não resistiam à sujeição, contudo era evidente que suas insurreições fossem mais facilmente debeladas (FAUSTO, 2015, p.46-47).

Uma estratégia encontrada pela Coroa portuguesa para tentar se proteger de eventuais revoltas dos negros africanos era desmobilizando-os através da imposição de uma mistura entre diferentes grupos étnicos quando das suas “exportações” ao Brasil, na medida em que as diferenças culturais e religiosas existentes entre os escravizados inviabilizariam alianças políticas ameaçadoras ao interesse lusitano (SOLAZZI, 2007, p.76).

Buscou-se, também, uma série de justificativas para a escravidão do negro africano que escapavam ao já mencionado “Direito natural”, entre elas, a ideia de que a escravidão já existia na África e, sendo assim, os europeus transportavam estes homens para serem catequizados e civilizados pela doutrina cristã. Outra justificativa dava conta de que os negros africanos eram uma raça racionalmente inferior, tendo, inclusive, diversas “correntes científicas “demonstrado”, a partir de características anatômicas, suas baixas inteligências e instabilidade emocional (FAUSTO, 2015, p.48). Assim, evidencia-se uma perspectiva completamente eurocêntrica que afirmava serem os europeus colonizadores superiores naturais (CASARA, 2015, p.220).

De acordo com Morais (2019, p.61) este olhar herdado da criminologia positivista[10] foi o responsável por ontologizar crime, pobreza e periculosidade, que deu/dá continuidade ao sistema penal brasileiro ontem e hoje.

[10] Para Solazzi (2007, p.181) a criminologia positivista transformava o crime em uma manifestação do atavismo e “o atavismo presente nos criminosos seria, portanto, a evidência médica e antropométrica de elementos mórbidos presentes na constituição físico-corpórea determinantes da ‘brutalidade de instintos’, dos ‘hábitos de intemperança’, das ‘emoções violentas’ e da superexcitabilidade do funcionamento nervoso’, tudo medido e comprovado por aparelhos científicos”.

Atualmente, há, ainda, uma imensa dificuldade metodológica para realizar análises que se distanciem de armadilhas etiológicas. Os efeitos desse paradigma estão profundamente arraigados na alma (sobretudo do brasileiro). O viés determinista contido nas concepções da criminologia positivista permanece entre nós, com sua ênfase na preocupação em torno de características biopsicológicas que geram uma perspectiva acrítica e a-histórica da sociedade e naturalizam o crime e o criminoso (MORAIS, 2019, p.67-68).

É lógico que os efeitos do positivismo criminológico, em uma sociedade fundada na escravidão, são devastadores e perversos. Uma forte divisão na sociedade foi estruturada a partir da utilização maciça deste saber que gerava justificativas "científicas" para a prática do racismo[11] e para a forjada inferioridade do negro. Os vestígios deste violento controle social que se exerce no Brasil há tanto tempo são ainda hoje sentidos, principalmente pela juventude pobre e negra (MORAIS, 2019, p.72-73).

Na lição de Morais (2019, p.99), até os dias atuais no Brasil, a criminologia positivista é a "ciência do controle social", pois instrumentaliza e legitima a ação dos órgãos do sistema penal a partir dos seus caráteres seletivos e estigmatizantes que recaem principalmente nos jovens negros e pobres. Confome DaMatta (1986, p.38), o Conde de Gobineau, à época o cônsul da França no Brasil, afirmou, partindo da lógica da pretensa superioridade da raça europeia, que a população do Brasil levaria menos de duzentos anos para se acabar como povo por conta da permissão, no seio da sociedade, do casamento entre membros das mais variadas raças, o que geraria um "ser híbrido".

Sobre essa "hibridez", afirma Corrêa (1996, p.42-43) que através do saber científico predominante do século XIX, tinha-se que a mistura entre o branco e o negro engendrava uma grande variedade de tons de pele e para cada uma se esperava determinado comportamento e outras disposições consideradas inatas. No que concerne ao mestiço (homem miscigenado) e suas características cientificamente dispostas como inatas, no campo sexual ele era visto como afeminado ou até mesmo como homossexual, em uma oposição clara ao branco que desempenharia um papel heterossexual.

Assim, os mestiços, considerados produtos de relações sexuais "sujas", foram alvo de estudos por parte dos médicos e naturalistas da época, que investigavam se eles seriam

[11] Morais (2019, p.154) pautando-se em Foucault, sustenta que o racismo é primordial para, além de garantir a desigualdade de riquezas, também eliminar qualquer anseio de igualdade política que os grupos minoritários possam vislumbrar.

estéreis assim como são estéreis as mulas, animais híbridos que são resultado do cruzamento entre éguas e jumentos (CORRÊA, 1996, p.44).

O antropólogo Roberto DaMatta (1986, p.40-43) sustenta que o Brasil não é um país dual e que essa "amálgama racial" fez com que entre a tez branca e preta exista um grupo enorme e diversificado de categorias intermédias. Essas categorias fariam com que a classificação racial no país, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos da América (que também possuiu um sistema escravagista) não tivesse ficado restrita a pessoas de pele preta ou branca e, assim sendo, os "nossos preconceitos" seriam mais sofisticados, contextualizados e invisíveis, na medida em que não poderia ser tão direto e formal.

Em uma sociedade hierarquizada socialmente como a brasileira, o preconceito velado é extremamente efetivo, sobretudo na hora de incutir, na própria mentalidade de quem sofre as discriminações, qual seria o seu papel dentro da comunidade. Pensar tão somente na formação social brasileira como sendo o produto da mistura entre indígenas, negros e portugueses conduz a uma análise simplória e acrítica, principalmente porque o encontro destes grupos não se deu de forma espontânea e harmônica. Na verdade, ocorreu o contrário, tendo sido a sociedade brasileira formada a partir de valores e legislações europeus extremamente discriminatórios contra, por exemplo, negros, judeus e mouros. O que houve com a colonização brasileira foi tão somente o alargamento destas condutas discriminatórias que já existiam previamente. Por isso, é tão importante reafirmar que a sociedade brasileira tem nítido viés autoritário e que opera diante de uma intensa hierarquização social que coloca o branco como superior e o negro como inferior e que permite, desde o tempo da colonização até os dias atuais, situar os indivíduos pela cor da pele, pela condição econômica e pelo nome da família (DaMatta, 1986, p.46-47).

Para Nabuco (2003, p.58) "a 'honra dos brancos' é a superstição de uma raça atrasada no seu desenvolvimento mental, que adora a cor da pele pela força que esta ostenta e lhe empresta virtudes que ela por si só não tem".

Portanto, tem-se que o escravizado africano mostra-se como o trabalhador historicamente possível quando da colonização portuguesa do Brasil, sobretudo em virtude dos grandes latifúndios agrícolas. Ele acabava sendo o único que poderia ser completamente compelido a trabalhar a serviço daqueles que vislumbravam a produção de mercadorias desejadas no mercado europeu. Um homem livre e assalariado que viesse trabalhar nas grandes propriedades brasileiras não ficaria atrelado a ela por muito tempo, na medida em

que, ante a abundância territorial, logo desejaria ter o seu próprio rancho (MAZZEO, 2015, p.81).

1.3 A organização da Colonização: Estado, Igreja e a descoberta de riquezas no território brasileiro

O Estado português e a Igreja católica foram os responsáveis por realizar a colonização do Brasil. A Coroa foi responsável de dotar a colônia de uma administração, de povoá-la e de resolver problemas pertinentes à mão-de-obra. Já no que tange ao papel da Igreja, havia uma aproximação muito maior com a educação e o "controle das almas" das pessoas, incutindo nos "disciplinados" os ideais de obediência ao Estado. No caso português, especificamente, existiu o denominado "padroado real" em que a Igreja se subordinou ao Estado. Mas ao mesmo tempo, por ser proprietária de imensas faixas de terra e explorá-las para a agricultura, a entidade religiosa não dependia da Coroa para sobreviver economicamente (FAUSTO, 2015, p.54-55).

Havia uma concomitância entre a dominação de um sistema "social latifundiário-burocrático" e o controle exercido pela Igreja, que atuavam em paralelo. Assim, pode-se concluir que havia um assujeitamento promovido, ao mesmo tempo, pela Igreja, pelo Estado e pelo senhor rural (CASARA, 2015, p.227). Ambas as instituições não se opuseram à escravidão, que foi uma prática nacional, permeando toda a sociedade brasileira e condicionando o modo de agir e pensar de toda a comunidade (FAUSTO, 2015, p.62).

A colonização possuía como alicerces, no aspecto econômico, a monocultura agrícola (principalmente com a plantação de açúcar e tabaco/fumo) pautada no trabalho escravo e a família patriarcal pautada na união do homem português com a mulher indígena. A família patriarcal trazia para si a representação de toda a sociedade, não só centralizada na figura masculina dominante e sua família, mas também em componentes intermediários como os escravizados domésticos e os filhos ilegítimos/impuros (SOUZA, 2017, p.42).

Aproveitando a formatação da família "padrão" na colônia para ilustrar o quão arraigada estava a escravidão em todas as esferas da vida colonial, pode-se afirmar que o filho da cativa africana com o europeu poderia ser aceito como europeizado[12] se ele aceitasse a fé e os rituais da religiosidade do pai. Desta feita, se teve uma escravidão de

[12] É interessante notar, conforme afirma Corrêa (1996, p.44), que os mulatos (homens miscigenados), quando conquistavam um espaço de maior visibilidade na sociedade, passavam rapidamente por um processo de "branqueamento social", com a remodelação de suas condutas e costumes.

característica própria, com conotações semi-industriais e sexuais, constituindo o princípio das relações de classe e gênero no país (SOUZA, 2017, p.45). E por que afirmar isso?

De acordo Souza (2017, p. 52-53) a relação do homem colonizador português com as índias e negras era sádica, bem como era sádica a relação do português e seus filhos. O patriarca era tido como um "hiperindivíduo", o que ajuda na compreensão do seu caráter de "déspota" no âmbito familiar. Assim, as repercussões desta "tirania privada" transpassam a esfera da família e "contaminam" a esfera pública, sendo claramente visualizadas em todo caráter autoritário das elites políticas e sociais e no desprezo destinado às classes empobrecidas (SOUZA, 2017, p.54).

O antropólogo Roberto DaMatta (1986, p.24-28) faz uma interessante análise entre a distinção que existe entre os espaços da "rua" e da "casa", como sendo algo que habita o âmago do "ser brasileiro": a casa não seria, tão somente, o local onde moramos e sim, um espaço contendo uma forte moral. Portanto, a casa, em si, não seria um local físico, mas moral. E isso faria com que este espaço fosse diferenciado dos alojamentos, hotéis e até mesmo celas de prisões: a razão é que não podemos projetar a nossa identidade em nada nestes espaços. A casa, de forma geral, deve ser um local marcado pela harmonia e não pela competição e desordem[13]. Em decorrência da implantação deste "código da família brasileira", há a produção de uma forte moral conservadora, onde os valores morais tradicionais são defendidos, sobretudo, pelos homens.

Quando se recorre neste texto, com certa assiduidade, à nacionalidade do colonizador, a razão é apenas uma: foram os portugueses que colonizaram o Brasil. Tendo em vista isto, cumpre-se afirmar, de acordo com Fausto (2015, p.79), que não há como se assegurar, peremptoriamente, o quão diferente seria a história brasileira se, por exemplo, os holandeses tivessem guardado êxito nas suas invasões no nordeste brasileiro. O que pode se afirmar é que, mais relevante do que a nacionalidade do colonizador, é o tipo de colonização que seria empreendida em território brasileiro. Tomando como base as colônias holandesas

[13] Sobre esta questão, relevante mencionar o brocardo "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher!", tão reproduzido no Brasil e que atualmente, sobretudo a partir da luta contra a violência doméstica e familiar, tem sido problematizado e debatido na sociedade brasileira. Por muitos anos esteve incrustada no imaginário do brasileiro a ideia de que os conflitos dos casais (que em não poucas vezes engendravam práticas de violência) não deveriam ser nem objeto de ação por parte do Estado e nem por parte dos particulares, mas sim, tão somente dos envolvidos que, no interior de sua casa, suposto ambiente de amor e de harmonia, se conciliariam da forma adequada. Portanto, havia uma naturalização da violência doméstica, o que é justificado por esta forte tradição conservadora e patriarcal que habita os espaços domésticos e que é uma consequência de toda a construção do "padrão de família" na colônia. Atualmente, no Brasil, há diversas campanhas que servem para incentivar as denúncias de violência doméstica e familiar, bem como foi promulgada a lei 11.340/06 denominada "Lei Maria da Penha", que versa sobre a violência contra a mulher.

e a forma como se deram as ocupações, provavelmente o Brasil teria tido o mesmo destino, qual seja, servir de colônia de exploração para a metrópole.

Em 1695, a vida da colônia sofre mais uma mudança significativa: a descoberta de grande quantidade de ouro em seu território. A extração aurífera trouxe a primeira grande imigração para o Brasil, bem como trouxe um grande alívio financeiro para Portugal. O ouro serviu para compensar o desequilíbrio da balança comercial entre a pátria lusa e a Inglaterra (FAUSTO, 2015, p.86).

Com essa apropriação das riquezas minerais do território, a Coroa portuguesa passou a formular um sistema de coleta de tributos muito mais complexo e amplo. Foi neste contexto que a Coroa também fez surgir juntas de julgamento, constituiu ouvidores que, não só estavam atribulados com a tarefa de assegurar "a lei e a ordem", como também serviam para o controle de escravizados[14] e auxílio nas tarefas arrecadatórias. Neste período de intensa exploração do ouro, o número de escravizados enviados ao Brasil aumentou (FAUSTO, 2015, p.88-89). Este maior contingente escravo que chegava ao país servia para alguns propósitos específicos: intensificação na produção de ouro, açúcar e tabaco; aumento da captação de recursos fiscais monárquicos oriundos do quinto da produção mineral e, por fim, do monopólio comercial e diminuição do preço da importação de escravizados (SOLAZZI, 2007, p.95).

Um grande fluxo migratório de pessoas das mais diversas localidades do território em direção às áreas de minas. Logo, ao redor destas zonas de extração do ouro, habitavam não apenas mineradores e negociantes, mas pessoas das mais diversas ocupações, como militares, advogados e padres (FAUSTO, 2015, p.88-89).

A intensa produção aurífera também proporcionou a criação de uma novel forma de controle dos corpos escravizados. Por conta da natureza da forma de extração do ouro, dotou-se de uma maior liberdade de movimentação os escravizados "faiscadores", o que gerou grande quantidade de fugas (no século XVIII estima-se que cento e dezessete quilombos foram formados). Logo, havia por parte da Coroa que se pensar em uma forma de recapturar estes cativos fugitivos e para isso desenvolve-se um corpo de polícia exclusivamente voltado para "recuperar" os fugitivos das minas. É neste momento que é

[14] As condições de trabalho eram tão degradantes que a "vida produtiva" de um escravo que trabalhava nas minas girava em torno de sete a doze anos (FAUSTO, 2015, p.89).

criada a figura do “capitão do mato”, o negro africano que trabalha para a Coroa no sentido de auxiliar na detenção dos evadidos (SOLAZZI, 2007, p.89).

A partir de 1748, houve uma hialina queda da extração do ouro, na medida em que a sua exploração, por uma série de motivos, passou a não ser mais atrativa para a Coroa. Além disso, a acumulação de grandes grupos de pessoas e a ausência de diversidade entre as atividades produtivas na região fez com que houvesse grande inflação e até mesmo falta de alimentos (FAUSTO, 2015, p.92).

É relevante salientar, desde já, que nos primeiros duzentos anos de ocupação portuguesa na América, inexistiu um pensamento genuinamente brasileiro. O que houve no país foi a reprodução da escolástica-tomista reproduzida pela elite portuguesa. E isso pode ser explicado da forma seguinte: os países europeus que contavam com maior avanço na implementação do capitalismo aceitavam com mais facilidade as ideias luteranas e calvinistas, não impondo barreiras ao início da revolução científica. Esta não foi a realidade portuguesa, uma vez que o avanço do ideário humanista foi brecado pela Inquisição, pelo apego aos dogmas religiosos e pelo apego desmesurado ao servilismo e à disciplina. Portugal não comungara da revolução científica e das ideias renascentistas ao mesmo tempo de outras nações europeias, pelo contrário, distanciava-se delas. Logo, não foi por coincidência que o pensamento colonial, no Brasil, foi marcado por este tipo de autoritarismo e pela escolástica (WOLKMER, 2002, p.42-43).

1.4 A pretensa modernização do Estado Português

As Ordenações Filipinas, de 1603, constituíam-se a matriz legislativa que regulava a vida em Portugal e suas colônias. Seu livro V versava sobre os castigos a serem impostos nas esferas criminal e civil e nele eram misturados os conceitos de religião, moral e Direito. De acordo com Solazzi (2007, p. 56-57) a justiça da Coroa portuguesa transplantou os conhecimentos inquisitórios para a esfera secular. O processo judicial, neste cenário, consistia em um “embate de particulares sob a mediação de uma autoridade judicial real” em um combate não sanguinário, até o momento da execução das penalidades.

As ordenações Filipinas, através do seu livro V, revelaram, através das cominações acerca do castigo, como a legitimação da punição era baseada na seleção política de determinadas camadas da sociedade que eram alvos preferenciais do poder punitivo (SOLAZZI, 2007, p.71).

Considera-se que já nas décadas terminais do século XVIII, o sistema colonial entra em uma crise justificada pela ascensão da burguesia ao poder, pela inserção de ideais liberais trazidos pelo iluminismo e fortalecimento de tendências de uma limitação cada vez mais forte à escravidão, até o ponto de extingui-la (FAUSTO, 2015, p.94-95).

No ano de 1750 em Portugal, Dom José I sobe ao trono e escolhe como seu ministro o marquês de Pombal. Como já dito, o Renascimento não se implantara em Portugal até a metade do século XVIII[15]. A pátria lusa só "se encontra" com toda a evolução científica e iluminista que já estava há mais tempo ocorrendo na Europa, a partir da reforma Pombalina e dos estudos realizados pelo teólogo português Luis António Verney (WOLKMER, 2002, p.44).

O ministro realizou reformas que trouxeram mais efetividade às atividades administrativas da Coroa, o que também gerou reflexos na relação metrópole-colônia[16]. As mudanças trazidas pela Reforma Pombalina, de acordo com Wolkmer (2002, p.45), disseram respeito, por exemplo, à limitação dos privilégios do clero e da nobreza; à remodelação do ensino na Universidade de Coimbra; e possibilitaram o florescimento do avançar econômico da burguesia.

Iniciando pela Reforma Pombalina, tem-se que seu pragmatismo tanto nas esferas administrativa e econômica, objetivava tornar mais eficiente o poder do Estado. Não havia, propriamente, um movimento de remodelação das estruturas mais fundamentais da sociedade portuguesa, mas é certo que houve movimentos que acarretaram em modernizações desta estrutura, como por exemplo, a tentativa de se acabar com a discriminação que tinha como alvos os mercadores e os trabalhadores envolvidos com atividades mecânicas (NEDER, 2007, p.108).

Foi durante o período *Pombalino* que os jesuítas foram expulsos de Portugal e seus domínios. Esta atitude levou a um grande desmonte no sistema educacional no Brasil, uma vez que, ao contrário da Espanha, a Coroa portuguesa não havia criado nenhuma universidade na sua colônia (FAUSTO, 2015, p.97). Os religiosos, por conta da expulsão da Companhia de Jesus, perderam suas relações diplomáticas com o Papa entre os anos de

[15] No mesmo sentido, Soares (2012, p.292) afirma que apesar dos "ecos" do iluminismo surgindo em Portugal antes da primeira metade do século XVIII, ele só se instala propriamente no país quando as pessoas que chegam ao poder já estão completamente imbuídas dos "novos ideais", o que só ocorre na segunda metade do século XVIII.

[16] Também foi durante a sua administração que houve um grande "esforço de integração" dos indígenas à "civilização" como estratégia de povoação de largas faixas territoriais. A partir disso, houve o estímulo de casamentos entre brancos e indígenas, houve a abolição da escravidão indígena em 1757, bem como várias aldeias foram transformadas em vilas sob a administração da Coroa. Estas atitudes da Coroa foram tomadas por conta de conflitos tidos com os jesuítas por conta de suas atuações com comunidades nativas (FAUSTO, 2015, p. 97).

1760 e 1770. O clero passou a ser considerado apenas mais um elemento da pesada engrenagem burocrática-estatal portuguesa, tendo que se sujeitar ao Estado (NEDER, 2007, p.108).

Neder (2007, p.108-109) afirma que o Estado adquiriu um caráter despótico, comandado por um gabinete formado pelo soberano e seus delegados mais próximos. Era possível perceber uma "retórica formalmente ilustrada", mas que não reverberava em suas práticas políticas concretas. A sua ideologia era distinta quando comparada com outros governantes que eram classificados como "déspotas esclarecidos", entre eles, Catarina da Rússia e Francisco II da Prússia[17].

Pode-se dizer que a Reforma Pombalina tentava compatibilizar o absolutismo com o mercantilismo[18]. De acordo com Neder (2007, p.110) havia um nítido processo de modernização na economia significando a entrada concreta de Portugal no mercado mundial. Todavia, do ponto de vista social, a sociedade portuguesa permanecia extremamente conservadora, excludente e hierarquizada, distanciando-se do que era defendido por pensadores iluministas. Assim, tem-se configurada uma "inserção na época das Luzes" muito peculiar.

No mesmo sentido, Vera Malaguti Batista (2007, p.142) giza que mesmo com a reforma desempenhada por Marquês de Pombal, a modernização incorporada não danificou as bases de sustentação da rígida hierarquização da sociedade[19]. Como se verá ao longo da presente tese, no Brasil tentou-se, através de sua Constituição e de seus códigos, compatibilizar o liberalismo com a escravidão, em uma outra "compatibilização bastante peculiar".

Quem teve grande destaque na reforma *pombalina* foi António Verney, que publicou a sua obra mais famosa chamada "O verdadeiro método de estudar[20]" em 1746. O livro provocou uma verdadeira revolução intelectual entre os portugueses. A palavra "revolução" pode ser empregada, pois o autor tinha um projeto global de reforma do Direito luso (e por

[17] Considerando-se o iluminismo como um sistema de determinadas práticas, pode-se considerar que o governo português, enquanto análise de tomadas de ações políticas só se aproxima destes governantes a partir do ano 1777, quando morre D. José I (NEDER, 2007, p.113).

[18] Como exemplo desta sua tarefa, no Brasil, o marquês de Pombal criou duas companhias de comércio no Brasil com a intenção de desenvolver a região norte e nordeste do país (FAUSTO, 2015, p.96).

[19] Soares (2002, p.314) infirma que os mais relevantes autores iluministas foram extremamente colaborativos, a partir das suas obras, com os déspotas que governavam a Europa de forma autoritária.

[20] De acordo com Soares (2002, p.298-299) esta é uma obra enciclopédica (formada por 16 cartas), que pretende abranger todos os temas fundamentais que serviriam de interesse ao leitor português que já tivera contato com o iluminismo. Não se deve afirmar que é uma produção voltada tão somente para a reforma do sistema de ensino português ou voltado para o estudo da jurisprudência, pois era muito mais abrangente.

que não dizer de todo o Estado português?), o que nunca havia sido proposto naquelas bases por outros autores (SOARES, 2002, p.293).

António Verney doutorou-se em teologia em Roma e foi justamente na Itália que passou a ter contato com o ideário ilustrado até então pouco difundido em Portugal. Apesar de ser teólogo, seus estudos foram considerados como próximos de ideias ateístas, racionalistas e céticas.

Para Verney, o legítimo saber jurídico, em Portugal, não poderia ficar restrito ao estudo das leis dos antigos e dos costumes, pelo contrário, deveria abarcar os princípios racionais advindos do iluminismo. Também haveria de estudar-se a História do Direito português, pois só assim se poderia compreendê-lo adequadamente (SOARES, 2002, p.294).

De acordo com Soares (2002, p.294), a importância dos escritos de António Verney para o estudo da história do Direito português e da filosofia do Direito pode ser justificada a partir da exposição de quatro elementos fundamentais: o fato de que Verney escreveu sua obra em um contexto em que vários portugueses já tinham tido contato com o ideal iluminista; a publicação (também) veio em um momento em que este ideário atingia o pensar de pessoas que estavam próximas ao poder, influenciando práticas políticas concretas; ainda que indiretamente, pode-se dizer que os escritos do autor em muito influenciaram o Marquês de Pombal; por fim, que não havia existido nenhuma obra que houvesse suscitado tantos debates e discussões e, consequentemente, gerado tantos argumentos e contra-argumentos quanto o "Verdadeiro método de estudar".

Desde o governo de D. João V havia a discussão acerca da necessidade de uma reforma no ensino português. Todavia, foi o pensamento de Verney que de fato provocou esta grande mudança, sobretudo na pedagogia a ser utilizada na Universidade de Coimbra. A reforma *pombalina*, no que tange às mudanças relativas ao ensino, atrelou-se à obra do autor português, principalmente à 13ª Carta do seu "Verdadeiro método de estudar" (NEDER, 2007, p.118).

Infere Soares (2002, p.314), peremptoriamente, que "poder-se-á dizer, sem qualquer exagero, que nunca mais a vida mental da sociedade portuguesa foi a mesma depois do impacto da obra de Verney e a do Direito tampouco". Conforme a lição de Neder (2007, p.118), o autor lusitano levava "às últimas consequências a chamada concepção pedagógica realista, oposta e hostil ao saber ornamental e contemplativo" e exaltava a obtenção de resultados práticos.

Para ele, haveriam disciplinas que deveriam ser aprendidas de forma prévia ao conhecimento do Direito, como por exemplo, a História (daí ter sido criada a disciplina "História do Direito Pátrio" após a reforma *pombalina*), a retórica e o estudo da gramática. Só a partir da compreensão destas disciplinas que o aluno deveria estudar as leis, estudo esse que não deveria ser confundido com "o decorar das normas". O iluminista português considerava que o padrão de ensino que deveria ser reformado gerava profissionais que não dominavam os assuntos pertinentes à sua formação, o que os tornariam incompetentes e, por isso, os que exerciam cargo público prejudicariam a República (NEDER, 2007, p.120).

A reforma do ensino na Universidade de Coimbra se deu em 1772, com os novos estatutos (os velhos datavam de 1653) que já traziam, em suas normas, marcas indeléveis da influência de Verney. Dentre as temáticas por eles tratadas, estão a preocupação com o ingresso de alunos excessivamente jovens, sendo definida como idade mínima para a entrada na Universidade a de dezesseis anos; está a determinação que as atividades acadêmicas diárias fossem ser feitas durante três horas pela manhã e duas horas pela tarde, reservando-se um período livre para recreação do aluno; e que o ano letivo iniciaria em outubro e terminaria em maio, sendo aberto solenemente com uma missa (NEDER, 2007, p.132).

Com base nestes exemplos, nota-se que os Estatutos tratavam de sujeitar os estudantes a um rigoroso controle, moldando uma intelectualidade submissa "aos dogmas do saber". Assim, mais uma vez está presente a ambiguidade: enquanto os ensinamentos de Verney tentam construir uma intelectualidade voltada para ideais modernos e iluministas[21], ao mesmo tempo os Estatutos, com sua pretensão de controle e detalhamento extremo das atividades dos alunos, caracterizam a permanência de um viés tomista, inspirado na metodologia de ensino dos jesuítas (NEDER, 2007, p.135).

Em Portugal, as ideias ilustradas impulsionadas pela obra de Verney perfizeram três caminhos fundamentais: questionaram os limites do poder real; questionaram as relações do Estado com a Igreja e, por fim, desenvolveram determinados aspectos sociais e econômicos (SOARES, 2002, p.295-297).

1.5 A influência do ensino jurídico português no Brasil

[21] Um exemplo era o incentivo a se pensar partindo-se das questões gerais para as específicas e de questões de menor grau de complexidade às que possuíam maior grau de complexidade (NEDER, 2007, p. 134).

A reforma do ensino de Direito em Coimbra influenciou a formação jurídica brasileira por duas razões fundamentais: os juristas (tanto brasileiros quanto portugueses[22]) que fossem executar importantes funções jurídicas no Império, eram formados em Coimbra, bem como os primeiros cursos de Direito criados no Brasil (no ano de 1827 em São Paulo e Olinda) foram inspirados nos métodos conimbricenses de lecionar (NEDER, 2007, p.135).

No que tange à primeira razão, tem-se que na perspectiva da filiação ideológica e filosófica, os juristas brasileiros formados na Universidade de Coimbra foram muito influenciados pelo professor Pascoal José de Mello Freire, não por coincidência, o principal ideólogo da reforma *pombalina* em sua vertente jurídica. O lente foi o autor da primeira obra que tratou especificamente da história do Direito português (sendo também a primeira obra completamente alinhada com os novos estatutos de Coimbra) e foi um escritor que se desvencilhou de amarras da época, modernizando seus pensamentos, principalmente os condizentes à esfera do direito criminal (NEDER, 2007, p.135).

De acordo com Sérgio Adorno (1988, 41-42), um fato fundamental para a introdução e absorção do pensamento liberal no Brasil foi a formação intelectual de brasileiros em Coimbra. A penetração do liberalismo em Portugal afetou o ensino em Coimbra e, por via reflexa, afetou os estudantes brasileiros que lá estudavam.

De acordo com Soares (2002, p.409-411), D. Maria I (que substituiu D. José) iniciou um projeto já há muito esperado pelos portugueses, que era a reforma legislativa. Depois de cento e cinquenta anos de aguardo, finalmente havia uma dinâmica voltada para reformar as Ordenações. A Rainha instituiu uma Junta para este desiderato, mas com o passar do tempo viu-se que os trabalhos da junta não eram animadores. Em 1783 é proposto o nome de Pascoal José de Mello Freire para se somar à junta e, cinco anos depois, ele finalizou os seus trabalhos, elaborando proposta para um novel regramento do Direito criminal lusitano.

Aproximando seus escritos de outros autores iluministas da época, como Cesare Beccaria, ficava clara a sua intenção de se desatrelar das Ordenações Filipinas e das formas de punir características do *Ancien Régime* (NEDER, 2007, p.154). Para Soares (2002, p.406) pode-se dizer que à Mello Freire foi incumbida a pesadíssima tarefa de "iluminar" o Direito português tão identificado pelas Ordenações.

[22] Neder (2007, p.139) afirma que os magistrados eram extremamente poderosos na época da Coroa portuguesa e que mesmo até a década de 1850 juristas portugueses ainda atuavam no Brasil.

Apesar da sua proposta não ter sido aceita por D. Maria I, o projeto de código criminal criado por Pascoal José de Mello Freire serviu de modelo para as demais tentativas de se aprovar um código penal em Portugal e foi bastante estudado em terras brasileiras, sobretudo porque Mello Freire foi professor de vários juristas brasileiros, efetuando inspiradora influência sobre eles (NEDER, 2007, p.155-157). Portugal só iria substituir o Livro V das Ordenações Filipinas em 1852.

No que concerne à organização institucional das primeiras faculdades de Direito no Brasil, tem-se que seus estatutos são praticamente cópias do Estatuto da Faculdade de Direito de Coimbra. Além disso, quando dos debates parlamentares que tratavam da criação dos cursos jurídicos, houve precisamente 149 referências explícitas à Coimbra e o Estatuto da Universidade de Direito de Coimbra (NEDER, 2007, p.135-136).

O processo de retirada de forças democráticas do campo institucional e a constituição de laços de cooperação entre as elites políticas somente ocorreram em virtude da expansão do controle burocrático sobre as atividades estatais. É neste cenário que pode se dizer que o Brasil se erigiu como um Estado de magistrados e funcionários com formação jurídica. O bacharel se transformou em uma figura central da sociedade, pois foi era o responsável por mediar interesses privados e públicos (ADORNO, 1988, p.78).

Neder (2007, p.146) afirma que com a criação dos cursos jurídicos no país em um contexto pós-independência, o liberalismo tornara-se a ideologia fundamental neste cenário de emancipação política. Já Adorno (1988, p.78) indica que a criação desta inteligência liberal no interior de uma sociedade agrária-escravista, compreendida em sua maioria por bacharéis, sedimenta uma solidariedade no interior da elite brasileira e a rearticulação entre grupos representantes do rural e ao urbano.

A cultura jurídica do Brasil imperial produziu um tipo bem particular de intelectual: disciplinado conforme os fundamentos ideológicos do Estado; criteriosamente profissionalizado para colocar em funcionamento o controle do aparato administrativo e convencido da legalidade da forma de governo instaurada (ADORNO, 1988, p.91-92).

Como já dito, Brasil contou com duas primeiras Academias de Direito: uma situada em São Paulo e a outra em Olinda. Ambas possuem suas origens relacionadas com a independência política e, com ela, a necessidade de formação de quadros para o aparelho estatal (ADORNO, 1988, p.81).

Havia uma rígida intervenção do Estado brasileiro em relação a escolha dos professores e à grade curricular, o que impossibilitou uma educação crítica e efetivamente libertadora. Em verdade, através de uma forma muito conservadora de ensino jurídico, existia a produção de um saber inclinado à perpetuação das relações de poder (ADORNO, 1988, p.92). A vida acadêmica, em si, não comportou um aprendizado voltado a democratização da sociedade brasileira, tendo as academias de Direito trazido, efetivamente, mais uma formação política aos seus estudantes do que jurídica (ADORNO, 1988, p.238-241).

O estudo acerca da temática nos leva a refletir acerca dos reflexos do absolutismo português no Brasil e perceber que há, sim, permanências histórico-culturais do Direito em Portugal que reverberam nas práticas judiciais e pensamento de determinados juristas no Brasil atual (NEDER, 2007, p.165).

Logo, há de se considerar o pensamento jurídico formulado em Portugal, neste período, como uma permanência cultural para o Brasil (abrangendo seus amplos aspectos políticos e jurídicos) e não como uma "fonte inspiradora", que necessariamente reflete uma opção, uma preferência ideológica. Pode-se dizer que a reforma *pombalina*, ao menos politicamente, foi o elemento motriz do encaminhamento à modernidade tanto de Portugal quanto do Brasil (NEDER, p.166-167).

Em relação a atuação de marquês de Pombal, Neder (2007, p.106-107) afirma que foi marcada por ser contrária às ideias anti-absolutistas da aristocracia, contra os membros da classe elevada do clero e contra o setor que defendia o fim do monopólio da burguesia mercantilista. Estas lutas foram travadas em virtude de um interesse de proteger o Estado que estava cada vez mais secularizado como outros do continente europeu.

O falecimento de D. José I, em 1777, fez que Marquês de Pombal tivesse seu espaço na política muito diminuído e, com isso, no mesmo ano, ele distancia-se do poder. A "Viradeira" inicia-se com o reinado de D. Maria I, que conserva inúmeros funcionários públicos da época *pombalina* (NEDER, 2007, p.114). Este período também demarca uma espécie de renascimento da atitude científica em Portugal (MUNTEAL FILHO, 2013, p.50).

Frise-se que o reinado da Rainha tomou ações que deixaram o Estado português mais descentralizado e também o aproximou de ideais iluministas. Dentre estas ações, pode-se citar a inauguração da Real Biblioteca Pública da Corte e da Academia Real das Ciências de

Lisboa, que certamente foram relevantes para a facilitação da assimilação dos ideais iluministas pelos intelectuais portugueses (NEDER, 2007, p.116).

No final do século XVIII diversas revoltas ocorrem no interior do território brasileiro, sendo a mais famosa de todas a "inconfidência mineira". Fausto (2015, p.99) aduz que estas revoltas são indícios do início da consciência do "ser brasileiro", pois constituiu o ponto em que a sociedade colonial passou a enxergar a Metrópole como a causadora de muitos problemas, havendo a necessidade de se rebelar contra este quadro de opressão.

Em 1808 há um acontecimento que muda completamente o rumo da história brasileira e também da história lusitana. Este acontecimento é a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil por conta das ameaças trazidas pelas tropas francesas comandadas por Napoleão Bonaparte. Muitas medidas foram tomadas por conta da permanência da Coroa em solo brasileiro, sendo uma das mais relevantes a abertura dos portos da colônia, o que beneficiou de sobremaneira a Inglaterra (a partir da entrada de produtos ingleses) e também beneficiou proprietários rurais que poderiam comercializar seus produtos com maior liberdade, sem que estivessem presos ao antigo monopólio imposto pela Coroa portuguesa (FAUSTO, 2015, P.105-106).

A vinda da Corte portuguesa para o Rio de Janeiro mudou completamente a cidade, sobretudo no âmbito cultural. Foram abertos teatros, bibliotecas, academias literárias, bem como foi criado o primeiro jornal, chamado de "A Gazeta do Povo". O país também passou a ser um polo de atração de diversos cientistas e acadêmicos, o que formou uma classe nova no país, a de profissionais letrados oriundos de diversas nações (FAUSTO, 2015, p.109).

Com o fim da guerra na Europa em 1814, supostamente, já não havia motivação para a permanência da Coroa no Rio de Janeiro. Todavia, no ano posterior, Dom João modificou a situação do Brasil, fazendo com que seu *status* fosse transformado em "Reino Unido de Portugal e Algarves". Com a morte da rainha portuguesa, Dom João torna-se o rei de Portugal Dom João VI. Já em 1820, há em Portugal a Revolução do Porto (ou revolução Vintista), que gerou forte coro no sentido de que o Rei precisava retornar ao seu país de origem (FAUSTO, 2015, p.112).

A finalidade da Revolução do Porto, que era uma iniciativa militar, de acordo com Neves (2013, p.76) era retirar Portugal de sua situação opressiva, desprovido de seu soberano e refém de um marasmo econômico. De modo geral, a proposta deste movimento era de regeneração política, o que perpassaria por um grande número de reformas,

substituindo as antigas práticas por práticas liberais, embora sob as ainda mitigadas luzes ibéricas. Para Neder (2007, p.174) "as revoluções liberais da década de 1820 marcaram o processo de limitação dos poderes absolutistas das monarquias".

Percebe-se que a questão do retorno do Rei de Portugal para o território português foi uma temática que envolveu enorme cizânia. Entre os que defendiam o retorno, estavam militares portugueses que vieram com a Corte e mais uma grande quantidade de pessoas que objetivava fazer com que o papel do Brasil fosse mantido como de "sujeição" a Portugal. Em posição diametralmente oposta, estava um grupo de pessoas (chamado de "Partido Brasileiro") que defendia a extensão da estadia do monarca português no Brasil. Este grupo era formado por grandes proprietários rurais, burocratas já nascidos no país e até mesmo portugueses que já possuíam grandes ligações comerciais e familiares com a colônia. Em 1821, o Rei retornou para Portugal, deixando o governo do Brasil nas mãos do seu filho Pedro, o príncipe regente (FAUSTO, 2015, p.113).

1.6 A legislação no Brasil colônia

Cumpre-se tecer considerações acerca do Direito no Brasil anterior à independência da República[23] que viria a seguir e com ela, traria as primeiras codificações genuinamente brasileiras, iniciando com a Constituição de 1824, Código Criminal de 1830 e Código de Processo Criminal de 1832, que serão alvos de análise posterior.

As Ordenações Filipinas eram aplicadas na colônia, no âmbito do Direito civil, sem nenhuma alteração quando comparada à sua aplicação na metrópole. No que tange ao Direito público, este "transplante legal" não ocorria de forma literal, em virtude de diversas particularidades presentes no território brasileiro. De acordo com Casara (2015, p.229) as normas jurídicas construídas na metrópole não atendiam às específicas necessidades da colônia. Por isso, existia uma "atuação alternativa" que agia nos meandros e silêncios legais das Ordenações.

O casuísmo foi considerado uma indelével marca da aplicação do Direito nas colonizadas terras da América do Sul. Inúmeras vezes, o "peso" da lei real era abrandado por conta das especificidades locais. Assim, a própria administração realizava o "conserto" da norma formal, sem que precisasse revogá-la expressamente (WOLKMER, 2002, p.48). O

[23] É necessário pontuar que de acordo com Arno Wehling e Maria José Wehling (2007, p.77-78) a esmagadora maioria dos autores entende por "direito colonial" as normas escritas vigentes na metrópole e/ou colônia, emanadas do poder público.

autor Lima Lopes (2014, p.274) afirma que neste período, determinados juízes desejavam mitigar a aplicação das Ordenações Filipinas no Brasil, mais especificamente do seu Livro V, por ser considerado excessivamente cruel. Ao mitigarem seu uso na prática forense quotidiana, geravam, invariavelmente, um quadro de flagrante arbitrariedade, visto que a aplicação ou não da legislação variava ao sabor das opiniões pessoais do julgador e da pessoa do julgado.

Sobre o caráter extremamente rigoroso do Livro V, Neder (2007, p.178) afirma que as penas, rigorosas que eram, tinham predominantemente efeito simbólico de intimidação e que constantemente eram combinadas com a concessão de "perdão" real, o que reforçava a ideia de um "rei piedoso" que acompanhava grande parte das monarquias absolutistas europeias.

A imposição do Direito português e a implantação de sua burocracia na colônia (o que demonstra a intenção de fortalecer a presença do Estado português e seu ordenamento jurídico no local) acarretaram inúmeras adaptações das normas da metrópole nesta localidade. Todavia, existiam zonas em que esse domínio da normatização portuguesa não chegava e quem dominava absolutamente o controle do poder ainda eram os grandes proprietários rurais, que impunham cada um o seu próprio mecanismo de disciplinamento. Essa pulverização de focos de poder era algo que incomodava o governo português que, no seu ímpeto centralizador, combateu ativamente a prática da "justiça privada" e normatização não-estatal (WEHLING; WEHLING, 2007, p.86).

Para Casara (2015, p.237) os poderes senhoriais exercidos pelos proprietários de grandes latifúndios, que repartiam a autoridade com o Estado, revelam que a administração da sociedade brasileira sempre foi desenvolvida a partir de um viés "passional" trazido pelas práticas do patrimonialismo, justiça seletiva, etc. Para Chauí (2001, p.42), no que tange ao poder formal, centralizado, tem-se que ele é visto pela perspectiva do Direito natural objetivo e tido como necessário. Neste contexto, todos os poderes são vistos como favores e privilégios concedidos exclusiva e diretamente pela vontade da Coroa.

Os autores Wehling e Wehling (2007, p.80-81) afirmam que é necessário lembrar que as sociedades europeias no Antigo Regime, assim como suas colônias, eram divididas internamente em estamentos, portanto, estratificadas socialmente. Pertencer a um estamento significava não somente aderir a um tipo de realidade sociológica (como por exemplo, o grau de instrução), mas também a inserção em um conjunto de normas

essencialmente jurídicas. Desta feita, o pluralismo social significou também um pluralismo jurídico.

Desde este período histórico, nota-se um fenômeno que ocorre até os dias atuais, qual seja, o notório distanciamento entre os mandatários do poder político e o povo que sofre toda sorte de mazelas. No Brasil-colônia, o próprio arcabouço legal aplicado, segregador que era (e ainda é!), marginalizava a própria população nativa do país traduzindo as intenções elitistas do poder (WOLKMER, 2002, p.49).

É possível realizar algumas distinções internas dentro do Direito Colonial. No que concerne aos instrumentos utilizados pelo direito colonial, especificamente os oficiais, não havia divisão entre os que eram utilizados na metrópole ou nas colônias, tendo total validade os Regimentos, provisões, decretos, Cartas Régias, etc. Quanto à origem, as normas eram de aplicação conjunta (ao império e à colônia) ou de aplicação local apenas na colônia. Por fim, a última classificação diz respeito às fontes das normas jurídicas, divididas em três grupos: norma real, que eram diretamente originadas do Estado (como por exemplo as Ordenações); normas concedidas ou admitidas pelo Estado (como por exemplo as normas de direito canônico) e, por fim, o denominado "Direito real" que englobaria as leis reais, as normas advindas das "redes clientelares", bem como aqueles praticados no interior dos grupos indígenas e dos quilombos (WEHLING; WEHLING, 2007, p.88).

Embora se esteja falando do ideal centralizador do poder imposto na colônia, é necessário tecer algumas considerações acerca das normas (não-estatais) que vigiam entre as comunidades indígenas e de negros no Brasil, que eram marcadas, sobretudo, pela pluralidade (WOLKMER, 2002, p.50).

Oficialmente, o Direito que existia no interior dos grupos indígenas era considerado pela nação lusitana como "experiências costumeiras" e por ela nunca foi reconhecido. Os indígenas sofreram com a imposição de um controle social rígido no interior de suas comunidades por parte da atividade dos jesuítas. Os jesuítas eram os verdadeiros "tribunais" nesta realidade imposta aos nativos da América do Sul (WOLKMER, 2002, p.52-54).

Já nos quilombos, os ideais que imperavam eram os de igualdade, solidariedade e trabalho coletivo no manejo das terras. Os excedentes na produção eram enviados para o próprio Estado, na intenção de fortalecer o sistema como um todo. A importância deste ambiente do quilombo era tão grande para o negro africano, que seu projeto pessoal muitas vezes perpassava menos em ser trabalhador livre/assalariado e mais em fugir para um

quilombo (WOLKMER, 2002, p.56). Palmares foi o melhor exemplo de organização, tornando-se autossuficiente.

O quilombo dos Palmares foi formado a partir de uma "desarticulação escravista" que se deu quando os holandeses ocuparam, temporariamente, faixa territorial pertencente ao Estado de Pernambuco no século XVII. O quilombo passou a ser patrulhado já no ano de 1644 (SOLAZZI, 2007, p.77). Os "palmarinos" só foram derrotados no ano de 1694. Esta derrota fez com que os quilombolas que haviam sido liderados por Ganga Zumba, bem como os liderados por Zumbi dos Palmares, fossem escravizados compulsoriamente novamente. Estes homens foram vendidos para territórios longínquos, para que seus conhecimentos, sobretudo das características físicas do território, não fossem mais uma vez utilizados para colocar em risco os interesses portugueses (SOLAZZI, 2007, p.78).

Antes da instituição do Governo-Geral no Brasil, que centralizou o poder, os focos de comando eram pulverizados nas mãos dos "posseiros". O primeiro tribunal de relações a entrar efetivamente em funcionamento, foi instituído na Bahia em 1609. A sua criação fez com que a administração da justiça não estivesse mais pautada na figura do "Ouvidor-Geral" (lugar mais alto da hierarquia do poder judiciário da colônia) e passasse a ser realizada por burocratas com formação acadêmica realizada na metrópole. Nesta estrutura judicial, cargo que exercia fundamental papel era o dos magistrados, que necessariamente tinham que ser formados em Direito pela Universidade de Coimbra (prioritariamente em Direito civil ou canônico). O processo de escolha dos magistrados perpassava pelo uso de critérios calcados em sua classe social, ainda que também existisse um exame acerca das suas capacidades técnicas (WOLKMER, 2002, p.62-65).

Wolkmer (2002, p.66-67) aponta uma cumplicidade entre duas práticas comuns à magistratura no Brasil colônia: a primeira consistia na prática de relações profissionais pautadas na racionalidade e formalidade; a segunda consistia em relações profissionais pautadas no suborno, apadrinhamento e amizades. Esta conspurcada relação profissional pavimentava o caminho dos magistrados ao acesso a vastas quantias de dinheiro, prestígio social e posse de terras que lhe permitiam o plantio e a criação de animais. A administração da justiça atuava como instrumento de dominação (econômica e política) colonial, estando os magistrados ocupando uma posição muito relevante do ponto de vista estratégico.

A centralização do judiciário, imposta pela Coroa portuguesa, impossibilitou no Brasil, desde os seus primeiros anos, a construção de uma cidadania que fosse participativa e,

consequentemente, uma sociedade mais plural. O padrão português de organização estatal, adotado no Brasil, pode ser caracterizado por um tecnicismo excludente (WOLKER, 2002, p.72).

Em período posterior ao retorno do Rei de Portugal para a Europa, houve eleições para as Cortes, sendo quase todos os eleitos sido nascidos no Brasil. O papel das Cortes foi relevante para o processo de independência, pois muitos de seus atos desagradaram a elite local, como por exemplo, o fato de tentarem eliminar os acordos comerciais existentes entre comerciantes do Brasil com a Inglaterra. Outro fator decisivo foi a transferência para Portugal de significativa parte da máquina burocrática estabelecida no território brasileiro por conta da estadia de Dom João VI. Neste cenário, as elites que outrora clamavam pela permanência do monarca português, passam a clamar pela permanência do seu filho, Pedro (FAUSTO, 2015, p. 114).

No dia nove de janeiro de 1822, Pedro, filho de Dom João VI, declara que permanece no Brasil, o que é chamado pela historiografia brasileira como “O Dia do Fico”. De acordo com Fausto (2015, p.114-116), o agora Dom Pedro I tomou importantes decisões logo após a declaração de sua permanência, como por exemplo, formar seu novo Ministério, cuja chefia ficou a cargo do brasileiro José Bonifácio de Andrada e Silva. Outro ponto importante foi o retorno à Portugal de vários militares que não juraram fidelidade ao príncipe. Após a convocação de uma assembleia constituinte no Brasil, a situação acirrou-se de sobremaneira, chegando ao ponto de Dom Pedro I afirmar que todas as tropas que viessem de Portugal seriam consideradas inimigas. No dia sete de setembro, às margens do rio Ipiranga, Dom Pedro I declarou a independência do Brasil que, mesmo independente, permanecia sendo uma monarquia cujo rei havia nascido em Portugal. O comandante da nação que acabara de se tornar independente e deixar de ser colônia era originário da sua metrópole.

Aqui, cumpre-se indicar que alterações de caráter revolucionário eram receios tanto da burguesia portuguesa quanto da brasileira. Para a primeira, uma revolução significaria o rompimento da estrutura metropolitana do mercantilismo, o que levaria Portugal a uma desastrosa crise econômica. Para a segunda, acarretaria o fim da estrutura latifundiária escravista e, consequentemente, o fim de seu poder econômico e político no Brasil (MAZZEO, 2015, p.97).

Desta forma, percebe-se que o encaminhamento para o processo de independência não se deu através de grandes revoltas, mas a partir de um movimento pacífico, fruto da negociação e consenso entre as elites brasileiras, a Coroa Portuguesa e o governo inglês. O povo assistiu passivamente este processo de independência, não tendo participação efetiva nesta "conquista". A falta de conflito e agitação popular, por certo, fez com que a continuidade do grande viés autoritário e desigual da sociedade se desse mais facilmente (WERMUTH, 2015, l. 1305-1308).

A "dependência" era tanta que o governo brasileiro promulgou a lei de vinte de outubro de 1823 que determinou a continuidade da vigência das Ordenações, leis, regimes, decretos e resoluções que tivessem sido promulgadas pelos Reis de Portugal até a data de vinte e cinco de abril de 1821, enquanto não fosse organizado um novo código (FONSECA, 2007, p.114). assim, as Ordenações Filipinas, criadas no ano de 1603, ainda estariam vigorando no Brasil.

1.7 A legislação brasileira após a sua independência

Em relação aos primeiros Códigos e Constituição brasileiros tem-se, cronologicamente, a primeira Constituição Brasileira em 1824, o primeiro Código Criminal em 1830 e o primeiro Código de Processo Criminal em 1832. De acordo com Wolkmer (2002, p.80) o liberalismo no Brasil é marcado pelo "bacharelismo liberal"[24] que constituiu o perfil ideológico da cultura jurídica brasileira e que é fruto da ligação entre o "formalismo legalista e a política individualista".

Mais pormenorizadamente, dois fatores foram os mais relevantes para a construção da cultura jurídica do Brasil: a criação dos cursos jurídicos (e consequentemente a formação nacional de uma elite jurídica/letrada) e a elaboração de um substrato legal próprio, com a constituição, códigos e leis.

No que tange à criação das primeiras faculdades de Direito no país em 1827, tem-se que sua função precípua não era a formação de advogados, como se suporia, mas sim, atender às necessidades jurídicas da burocracia estatal. Aqui, é lícito relembrar da influência que os estudantes de Direito do Brasil tiveram da reforma *pombalina*. A posição dos

[24] Wolkmer (2002, p.100-101) demarca as diferenças entre o "juridicismo" e o "bacharelismo". Enquanto o primeiro estaria ligado à abstração filosófica e teórica, completamente inadequadas à atividade política-militante, o segundo estaria próximo de atividades não especulativas e da mecânica exegética, revelando uma predileção à imutabilidade das estruturas, padrões pré-fixados e valores conservadores.

bacharéis no país soava “esquizofrênica”, pois deveriam defender o liberalismo enquanto forma político-jurídica e ao mesmo tempo fomentar institucionalmente o controle do poder pela burocracia elitista. Em suas atuações, havia menos interesse em uma “libertação” e mais interesse nas permanências do sistema colonial responsáveis a sociedade completamente hierarquizada (WOLKMER, 2002, p.80-81).

A intelectualidade brasileira, na virada do século, era composta, quase completamente, dos bacharéis. Por dominarem um campo do saber bastante amplo e terem formação humanística, a eles era permitido atuar no processo de ideologização presente na construção da ordem burguesa no Brasil. A partir deste processo, bem como das intensas práticas econômicas e políticas, eles, em grande medida, constroem o perfil do “nacional” (NEDER, 1995, 99-101).

A construção do pensamento liberal no Brasil, que contou com a já revelada influência do ensino jurídico em Portugal, foi extremamente relevante enquanto ideologia necessária para a conjuntura de emancipação política do país, o que está relacionado à criação dos cursos jurídicos em São Paulo e em Olinda. Os princípios liberais foram invocados no contexto da luta contra o monopólio da metrópole, na qual se envolveram grandes proprietários de latifúndios e escravos (NEDER, 1995, p.103).

É necessário que se compreenda que no Brasil, o liberalismo foi adotado com inúmeras restrições que serviriam para preservar privilégios e manter a escravidão. Este é um ponto fulcral para a compreensão do contexto: a tentativa de compatibilização entre o ideário liberal e a manutenção do sistema escravista. Conforme Wolkmer (2002, p.76), esta foi a maior limitação do liberalismo no Brasil, especialmente porque soava extremamente mentirosa toda ação do governo no sentido de promover a igualdade entre os homens e a soberania do povo se, concomitantemente, esse mesmo governo admitia o direito de um homem poder ser proprietário de outro homem.

Esta contradição sobre o liberalismo no país, que é visto como indispensável enquanto pressuposto do Estado e, ao mesmo tempo, considerado impróprio para a realidade brasileira, quando trazida para o campo criminal, evidencia que o racismo entranhado na sociedade *tupiniquim*, bem como todas as práticas sociais e econômicas por ele veiculado, fundamenta teses acerca da criminalidade no Brasil e sufocam tendências liberais clássicas atinentes ao livre-arbítrio e individualismo (NEDER, 1995, p.113-114).

Para Adorno (1988, p.55) esta conciliação só foi possível na medida em que o liberalismo se tornou cada vez mais conservador e menos democrático. O mesmo autor afirma haver uma também contraditória relação das elites com o Estado: reprovavam a intervenção estatal em seus negócios privados, mas reclamavam auxílio estatal quando ocorriam crises em suas lavouras (ADORNO, 1988, p.72).

O liberalismo europeu revolucionário e forjado na luta contra a nobreza estava extremamente distante do liberalismo pregado no Brasil e moldado para servir aos interesses dos grandes proprietários de terras (WOLKMER, 2002, p.75). A prática ideológica dos bacharéis é de extrema relevância, sobretudo porque eles tomam para si a tarefa de pensar a organização da sociedade brasileira, tanto em termos abrangentes, pensando no futuro da jovem nação, mas também em termos específicos, como a construção de uma hegemonia que permitisse a dominação de classe (NEDER, 1995, p.130).

É neste "liberalismo à brasileira", notadamente antidemocrático e autoritário, que são promulgadas a Constituição, os Códigos, etc. A escravidão, por si, desmentia o discurso oficial de promoção da igualdade e proteção dos direitos fundamentais (WOLKMER, 2002, p.79).

Esta contradição apresentada irá percorrer toda a história do Brasil. A uma formulação de cariz liberal, que admite o Estado de Direito e acredita na educação como mecanismo de enfrentamento de graves questões sociais (como a questão criminal), contrapõe-se uma prática notadamente autoritária. O Direito brasileiro, especificamente, é caracterizado por uma bem formulada combinação entre parâmetros e normas de tendências liberais a partir de modelos erigidos de dentro do centro hegemônico do capitalismo, marcado por práticas autoritárias (NEDER, 1995, p.58-59).

As penas cruéis, como os castigos corporais, já mostravam seu anacronismo no período logo posterior à independência. Seguindo a peculiar "forma brasileira de se modernizar", a Constituição brasileira "jurada" em vinte e cinco de março de 1824 garantiu, entre outros direitos, o direito de livre pensamento, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de locomoção e a abolição de penas cruéis e tortura. Mas todas essas conquistas não poderiam se chocar com o Direito à propriedade que, protegida plenamente, legitimava a escravidão (BATISTA, 2007, p.146). Neder (2007, p.185) salienta que nos artigos da Constituição foram completamente ignorados os escravizados, indígenas, os homens livres e pobres.

Ainda que o foco seja dado aos escravizados, é relevante tratar sobre esses homens livres e pobres que, numa visão hierárquica, estavam entre os cativos e os grandes proprietários. Esta vasta população, legalmente livre, não poderia gozar de seus direitos civis. Apesar de não serem propriedade de ninguém, este grupo dependia dos grandes latifundiários para ter onde trabalhar e onde morar. Com isso, percebe-se que esta elite, além de exercer seu poder no âmbito familiar e sobre os cativos que lhe pertenciam, ainda exerciam intenso domínio sobre estes indivíduos livres e pobres (WERMUTH, 2015, l.1289-1294).

No que concerne aos direitos políticos, apenas os mais ricos poderiam ter participação política. De acordo com Lima Lopes (2014, p.272-273) o grupo de eleitores era limitado aos homens livres que tivessem renda superior a cem mil réis, advindas de bens de raiz, indústria, comércio ou emprego, sem considerar os homens menores de vinte e cinco anos, os filhos que ainda residissem com seus genitores, os religiosos (de ordens conventuais) e os criados de servir. As eleições eram indiretas, uma vez que os eleitores elegeriam as Assembleias paroquiais e seus membros elegeriam os deputados.

A Constituição de 1824 também criou o Poder Moderador que era delegado privativamente ao Imperador, chefe supremo do país. Este "quarto poder" poderia interferir no funcionamento do legislativo dissolvendo a Câmara (nomeando senadores vitalícios) e também poderia interferir no judiciário (nomeando e suspendendo juízes). A justificativa para o surgimento do Poder Moderador era que ele serviria como um "remédio para a paralisia decisória ou para o predomínio de interesses particulares, mesmo que majoritários" (LIMA LOPES, 2014, p.272).

Wolkmer (2002, p.85) conclui que "essa lei maior se afirmava idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país". E ao realizar este ocultamento, parecia estar "envergonhada" por não considerar o escravizado como um ente possuidor de direitos.

O código criminal de 1830 era amplo o suficiente para abranger todos os grupos sociais e, apesar de seus notórios problemas, representava uma grande evolução quando comparado ao rigoroso Livro V das Ordenações Filipinas. Aos escravizados, apesar da proibição expressa contida na Constituição de 1824, havia a cominação de penas de açoites (o que constituía uma grande contradição com o ideário liberal do *digesto)*. Os homens pobres e livres constantemente caíam nas malhas do poder policial pela prática da

“mendicância” e “vadiagem” (NEDER, 2007, p.185). Havia toda uma estrutura normativa montada para que o cativo livre, longe das amarras da opressão do seu proprietário, fosse controlado socialmente pelo braço policial do Estado. O código criminal de 1830 estava muito longe de ser considerado um autêntico marco liberal e iluminista.

Uma análise extremamente relevante da temática é realizada por Morais (2019, p.219) ao tratar especificamente da juventude negra brasileira da atualidade, mas que pode também estabelecer relações com os escravizados africanos trazidos ao Brasil que, não por coincidência, acabam sendo os antepassados de quem (ainda) hoje sofre com o racismo, discriminação e “governamentalização de suas vidas”.

Como os escravizados do passado, ainda hoje a juventude negra é vista enquanto grupo formado por pessoas cujas vidas possuem menos valor e cuja existência é considerada um obstáculo ao “projeto humano brasileiro”. Para remover este entrave, o sistema penal é chamado (MORAIS, 2019, p.180).

Assim, este medo sentido adviria de uma série de “negatividades” que estes grupos possuiriam: os escravizados eram cientificamente inferiores, possuidores de vícios e propensos ao cometimento de crimes; a juventude negra da atualidade não tem acesso à educação, a um ambiente familiar saudável, à saúde e moradia digna. Em ambos os casos, o resultado destas “faltas” é o mesmo: a ausência de civilidade constituindo uma ameaça às classes detentoras de poder e dinheiro. Todavia, este discurso de “*vulnerabilização*” oculta a fonte original do medo que estes grupos invocam, qual seja, as suas positividades, o seu grande e real potencial transformador a partir de mobilizações que contestem todas as violações de direitos a eles destinadas por conta de uma atuação, tanto estatal quanto privada, calcada no racismo e na discriminação.

O código criminal fazia uma divisão interna entre três tipos de crimes: os públicos, os particulares e os policiais. O primeiro grupo estava associado às questões estritamente políticas, como os atentados à dignidade e integridade da nação, que se consumados, levavam à pena de prisão perpétua com trabalho. Nas situações em que eram violados os direitos políticos dos “cidadãos comuns”, a pena a ser cominada era de prisão. Logo, os crimes públicos derivavam de uma necessidade de segurança interna da nação, *vulnerabilizada* por conta de sua condição de país “recém-independente” (SOLAZZI, 2007, p.121-123).

O segundo grupo de crimes, os particulares, configurava-se como “regulador” da sexualidade, dos bens, das amorosidades, de problemas interpessoais que envolviam, principalmente, a posse de bens econômicos. Esta forma disciplinar pode ser caracterizada como instrumento de preservação e garantia das desigualdades políticas e pessoais (SOLAZZI, 2007, p.125).

Por fim, os crimes policiais eram os referentes às práticas como a “ofensa da religião, da moral e bons costumes”; desrespeito e transgressão à religião católica (religião imperial); a formação de sociedades secretas; a formação de “ajuntamentos ilícitos”; ao ato de não possuir ocupação honesta e útil de que possa subsistir e, mesmo sendo advertido pelas autoridades, não tivesse renda. Aqui, há de se ressaltar um aspecto interessante, na medida em que a quantidade de dinheiro de quem se entrega à mendicância é muito importante, pois a legislação deixa clara que a prática é permitida a quem possui meios de subsistência. Em relação às penalidades impostas à prática da vadiagem, a pena seria de prisão com trabalho entre oito e vinte e quatro dias. Mas se os mendigos “estivessem em termos de trabalhar” ou “fingissem chagas”, a pena seria de prisão simples ou com trabalho, segundo o a higidez física do mendigo, por oito dias a um mês. Por fim, há de se registrar que também eram considerados “crimes policiais” as práticas de fabricar instrumentos para roubar e o uso de nomes supostos e títulos indevidos (SOLAZZI, 2007, p.125).

Havia uma grande diferença entre as penas aplicadas de acordo com a classe social do apenado. Como exemplo, temos os funcionários públicos, que apesar de também serem alcançados pelo Código, eram destinatários das sanções mais brandas (a prisão simples, multas e o degredo). Ao contrário, como já mencionado alhures, apesar das diretrizes impostas pela Constituição no sentido de eliminar as penas cruéis, aos escravizados valia uma exceção contida no Código Criminal: exclusivamente a eles poderia ser cominada a pena de açoites (NEDER, 2007, p.192-193). É interessante refletir que a razão pela qual não era cominada a pena de morte, é que ela, em si, geraria uma perda econômica considerável ao proprietário do cativo. Logo, a ausência da pena capital satisfazia ao interesse da elite (o direito à propriedade) e não vinculada ao respeito à vida do escravizado.

O Código de Processo Criminal foi promulgado em 1832 e pode se dizer que seu projeto original constituiu uma vitória dos liberais. Este código inova bastante nas práticas processuais penais que eram praticadas no país, sofrendo grandes influências do direito inglês (como o tribunal do júri e o *habeas corpus*). Houve também a implantação do Juizado

de Instrução, comandado pela figura do "juiz de paz" (eleito e leigo), cargo que tinha como finalidade efetuar as investigações criminais sob o pálio do contraditório, eliminando assim o procedimento investigatório anterior, claramente inquisitório, cujo nome era "Devassa" (LIMA LOPES, 2014, p.277).

Trazendo estas mudanças, o Código de Processo Criminal intentava descentralizar o poder, o que era muito desejado pelos liberais. Estas inovações enfraqueciam de sobremaneira a elite que, partindo de suas atividades jurídicas, galgava importantes posições políticas (LIMA LOPES, 2014, p.279). Embora fossem poderes distintos, o poder judiciário estava plenamente identificado com o poder político. Esta relação era promíscua, por importar em uma intensa troca de favores entre o governo e os magistrados, favores estes não raro relacionados a nomeação de juízes, fraudes em processos eleitorais e outras condutas que implicavam na "partidarização da justiça". Assim, comumente o juiz se via em uma encruzilhada: ou deveria decidir conforme as questões políticas ou conforma as leis (WOLKMER, 2002, p.93).

É interessante notar que, mesmo com o patrimonialismo sendo uma marca indelével do Brasil rural, ele não foi eliminado quando o país começou a se urbanizar no pós-independência. Isso aconteceu porque os cargos de maior prestígio na sociedade urbana, como por exemplo, os de carreira burocrática estatal e profissionais liberais, eram ocupados ou pela própria aristocracia rural ou pelos seus descendentes. A mentalidade e os preconceitos eram os mesmos (WERMUTH, 2015, l. 1308-1312).

Todavia, em 1841, foi realizada uma reforma no Código de processo criminal. Esta mudança teve caráter conservador, trazendo como alteração mais conhecida a inserção do chefe de polícia no âmbito das tarefas judiciárias. Assim, apagava-se o viés descentralizador do poder, e ao contrário, criava-se uma enorme centralização policialesca e rígida (WOLKMER, 2002, p.88).

Nesta toada, afirma Lima Lopes (2014, p.280) que com a reforma do Código de Processo Criminal, houve uma desnaturação nas funções dos juízes de paz. De acordo com o remodelado código, o imperador havia de indicar o chefe de polícia na Corte e províncias, dentre magistrados e desembargadores. Estes chefes de polícia assumiram as funções dos antigos "juízes de paz" e mais: além de realizarem os inquéritos, também profeririam sentenças de pronúncia de determinados crimes (a legislação havia abolido os júris de

acusação). Portanto, fica nítido que, em certos casos, estes chefes de polícia poderiam efetuar a investigação e o julgamento do mesmo fato.

É necessário ressaltar que tanto a Constituição quanto os Códigos supramencionados foram redigidos por uma elite letrada que desejava manter seus privilégios. Neste sentido, Neder (2007, p.187-188) infirma que a própria organização institucional do Estado refletia as vontades da classe dominante com o relevo dado a atividades que só os aristocratas poderiam acessar, como as atividades políticas. Enquanto existia um desprezo pelo trabalho manual[25], havia uma nítida valorização do trabalho intelectual e do prestígio trazido pela conquista de um diploma universitário. Os bacharéis que tentaram atribuir um "verniz liberal" ao Código Criminal eram os grandes símbolos de uma classe social que foi sustentada à base do açoite aos escravizados. Logo, não existia, por parte deles, a tentativa de demolir algo que sustentava suas posições aristocráticas e seu prestígio na sociedade.

Apesar da promulgação da Constituição em 1824, do Código Criminal em 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832, com seus aparentes vieses liberais, a realidade é que a herança colonial e rural permanecia vigorosamente no país, tendo como marcas a manutenção da estrutura política e jurídica calcada no latifúndio agroexportador e no trabalho escravo (NEDER, 2007, p.191).

1.8 Os indivíduos "livres" e o controle social através do trabalho e cárcere

Enquanto havia a elaboração dos códigos e da constituição, cumpre-se fazer referência a leis e acordos que objetivavam tornar os escravizados livres. Em 1826, Brasil e Inglaterra firmaram um acordo que, após três anos de sua ratificação, determinava que o tráfico de escravizados para o Brasil seria considerado ilegal. A lei de sete de novembro de 1831[26] decretava, expressamente, que todos os escravizados africanos introduzidos no território, a partir daquela data, seriam livres. Na prática, o fluxo de escravizados não reduziu, pois a lei foi constantemente desrespeitada. Em 1850 foi promulgada a Lei Eusébio de Queiróz que tornou mais efetiva a repressão ao tráfico de escravizados. As duas nações continuaram nas tratativas por ajustes que tentavam libertar os escravizados trazidos no

[25] Em relação ao desprezo pelo trabalho manual, afirma DaMatta (1986, p.32) "mas poderia ser de outro jeito numa sociedade em que até outro dia havia escravos e onde as pessoas decentes não saíam à rua nem podiam trabalhar com as mãos? É claro que não... No nosso sistema, tão fortemente marcado pelo trabalho escravo, as relações entre patrões e empregados ficaram definitivamente confundidas. Não era algo apenas econômico, mas também uma relação moral onde não só um tirava o trabalho do outro, mas era seu representante e dono perante a sociedade como um todo".

[26] A promulgação desta lei gerou o conhecido provérbio brasileiro "para inglês ver" como sendo algo que consiste em um engodo, um simulacro, algo sem eficácia. A lei seria "para inglês ver", para evitar maiores pressões, ainda que fosse um mero simulacro, sendo constantemente desrespeitada pelos brasileiros.

período em que o tráfico negreiro era considerado ilegal. Ainda assim, em virtude do alvará português de vinte e seis de janeiro de 1818, determinou-se que os negros africanos, mesmo considerados emancipados, teriam que "se preparar para o trabalho livre" pelo período de quatorze anos, permanecendo sob a tutela estatal (MAMIGONIAN, 2007, p.164).

Portanto, percebe-se que na prática, mesmo com a condição de "africano livre", o indivíduo era submetido ao trabalho compulsório. Solazzi (2007, p.173) afirma que esta "instrução compulsória" ao trabalho, realizada nos quartéis de armada e em institutos disciplinares, constituía-se de um poderoso regime disciplinar para a população pobre e miserável, usando como fundamentação o "trabalho livre". Para Casara (2015, p.234) a prisão dos acusados de vadiagem também possuía uma finalidade de atender à demanda de mão de obra para as obras e serviços públicos.

Sobre a justificação do controle pelo trabalho obrigatório, sustenta Wermuth (2015, l. 1378-1379) que esta elite hegemônica considerava que os cativos não estavam preparados para a vida em sociedade[27], na medida em que suas experiências, enquanto escravizados, não havia lhes dado noções de justiça e respeito, por exemplo. Assim, a sua liberdade estava menos relacionada com a responsabilidade dos seus atos e mais sobre se tornarem ociosos e passarem a roubar e cometer outros crimes. Os libertos traziam consigo vícios que poderiam subverter a ordem, portanto, precisariam ser sumariamente reprimidos. A alternativa escolhida pela elite dominante foi "reprimir estes vícios" através da educação e educá-los significava forçá-los ao trabalho[28] obrigatório (para criar o hábito do trabalho). Neste contexto, educar estava umbilicalmente atrelado a reprimir.

O controle destes contingentes serve de alicerce para a formatação da ideia que o escravizado é "o inimigo nacional", logo, até mesmo o livre ou liberto será alvo preferencial das rotinas policiais de averiguação. Os que "tinham ocupação econômica duvidosa" eram compelidos a "serem produtivos" (SOLAZZI, 2007, p.133). A justificação propriamente ideológica desta obrigação ao trabalho estatal é a noção de que o trabalho traria ordem[29] para a sociedade, bem como a ideia de que o ex-escravizado deveria retribuir a ela todos os direitos e "benesses" que ela lhe garantia (WERMUTH, 2015, l. 1381-1383).

[27] Solazzi (2007, p.143) afirma que a ideia que vigorava entre as classes hegemônicas era de uma "libertação comedida" dos cativos, pois eles necessitariam de uma melhor condição moral que evitasse que eles debandassem para as práticas da vagabundagem e desordem.
[28] A própria origem da palavra "trabalho", conforme DaMatta (p.31,1986) deriva do latim "*tripaliare*" que significa castigar com o *tripaliu*, objeto utilizado para a tortura.
[29] Morais (2019, p.174) afirma que "a pureza é uma 'visão da ordem' em que cada coisa deve ter seu lugar 'justo' e 'conveniente', tendo como oposto da 'pureza' aquelas coisas/pessoas que são sujas, imundas, isto é: coisas/pessoas 'fora do lugar'".

De acordo com Mamigonian (2007, p.165), com os acordos bilaterais de 1817 e 1826 realizados entre Brasil e Inglaterra, bem como com a lei de 1831 e a Lei Eusébio de Queirós de 1850, aproximadamente onze mil africanos foram declarados "livres" no Brasil. Ocorre que vasta quantidade de africanos que foram considerados livres depois de 1831 permaneceu sob a tutela do governo por um período superior ao previamente estipulado, qual seja, quatorze anos. Estes indivíduos, nas décadas de 1830 e 1840, eram vistos como membros do nível mais inferior da escala social.

Apenas em 1864 o Brasil ordena a emancipação imediata de todos os "africanos livres" do Império e isso só ocorreu por conta de uma pressão exercida pela Inglaterra e também pelos próprios africanos. Uma vez emancipados os "africanos livres", qual seriam seus destinos? Ora, como já descrito no presente trabalho, sabe-se que a liberdade deste grupo era completamente indesejada pelas elites, que tinham um grande medo de um possível levante dos negros. Inúmeras foram as estratégias desenvolvidas para mantê-los controlados socialmente. Não é por mero acaso que foi neste período que muitos foram presos e enviados para instituições públicas (como a casa de correção da corte[30]) ou eram expulsos da corte, sendo forçados a morarem em regiões remotas do Império (MAMIGONIAN, 2007, p.168).

Na mesma linha segue Wolkmer (2002, p.95) ao afirmar que os fazendeiros donos de escravizados defendiam que a transição para o "trabalho livre" viesse acompanhada de leis que o obrigassem ao trabalho, bem como requeriam um aumento da vigilância policial sobre este grupo de libertos, no que foram atendidos.

As razões para a permanência deste sistema, a partir do olhar do grupo dominante, se justificava também na medida em que não existia mão de obra disponível suficiente no país e os levantes por parte dos cativos não chegavam perto de atingir seus intentos. Com isso, tem-se que apesar da Independência ter ocorrido em 1822, a lei Eusébio de Queiroz só foi promulgada em 1850 (FAUSTO, 2015, p.165-168).

Conforme a lição de Maria Emília Prado (2013, p.169) a escravidão foi um obstáculo ao progresso do Brasil. Esta forma de trabalho remete a um sistema arcaico, não tendo a indústria meios de se desenvolver. Os senhores de escravos, em sua maioria, viviam em completa inércia, não sendo levados/forçados a aperfeiçoar a sua lavoura.

[30] Prisão localizada no Rio de Janeiro, que era inovadora no Brasil por combinar a detenção com o trabalho. Seu projeto arquitetônico é marcado por ser o panóptico desenvolvido por Jeremy Bentham. A arquitetura almejava possibilitar um controle total sobre os encarcerados.

A transição do trabalho escravo ao trabalho livre gerou a formação de um contexto em que a elite (oligarquias cafeeiras) desejava possuir os meios (senão o monopólio) dos meios de repressão sobre as camadas populares formadas pelos ex-escravizados e até mesmo sobre "setores dominantes não hegemônicos", com o fito de se manter a "ordem" por meio do manejo de instrumentos punitivos (WERMUTH, 2015, l. 1360-1364).

Em relação propriamente aos ex-escravizados, percebe-se que as táticas repressivas se dirigiam, por um lado, pela determinação da ideologia burguesa do trabalho, e, por outro, para o controle da comunidade ex-escravizada. Conclui-se que o primeiro objetivo encobre o segundo na sanha repressiva justificada pelo medo de um possível levante negro (WERMUTH, 2015, l. 1417-1423).

No endurecimento das penas contidas na legislação, havia explicitamente um determinado alvo preferencial. Pode-se citar, por exemplo, a lei nº 9 de 1835 que punia como insurreição o ato dos libertos africanos regressarem à província depois de terem sido expulsos. Esta lei foi promulgada em decorrência do medo, sentido pela elite, de uma nova "revolta dos malês[31]". Lícito ressaltar que esta lei desrespeitava sumariamente o princípio da reserva legal ((BATISTA, 2007, p.147).

Outras diversas normas legais reafirmam a criminalização de diversos atos inócuos ou atos muito identificados com a cultura africana, como por exemplo, a existência, na Bahia, de uma "postura municipal" de 1870 que punia com multa ou prisão os donos de botequins e tavernas que "permitissem em seus estabelecimentos a demora de escravizados por mais tempo que o necessário para as compras". Outra norma legal criminalizava os lundus, as algazarras e os batuques. Outra punia com oito dias de prisão quem alugasse uma casa a negros. Houve também a promulgação de lei que permitia a pena de morte para qualquer delito cometido por escravo contra o seu senhor, o feitor e seus familiares, contrariando expressamente uma determinação constitucional. É neste "caldo de cultura" que penetra mais profundamente no âmago da sociedade brasileira o autoritarismo e o vigilantismo, tão percebidos ainda hoje, sobretudo nas favelas e guetos, vitimando, hoje, descendentes dos escravizados que sofriam com as mesmas situações no passado (BATISTA, 2007, p.147).

[31] Esta revolta ocorreu na Bahia entre os dias 24 e 25 de do ano de 1835. Foi liderada por escravizados africanos muçulmanos (que eram chamados na época de Malês). Estima-se que aproximadamente setenta cativos morreram durante a revolta e quinhentos tenham sido condenados a penas de morte, açoites, deportação, dentre outras penas cruéis. Sua repercussão no território nacional foi enorme e o temor que mais eventos como este se repetissem repercutiu no aumento no rigor do controle social destinado aos escravizados (REIS, 1986, p.7).

A noção de que os cativos trariam a completa desordem e que constituíam uma "horda de bárbaros" era muito presente nas discussões das elites, sobretudo quando se passou a discutir com mais verdor a abolição da escravatura. Por isso, estes grupos hegemônicos se preocuparam tanto no combate à ociosidade do grupo de escravizados, querendo garantias que seu direito à propriedade fosse respeitado, bem como desejavam que seu direito à segurança pessoal fosse intransigentemente protegido (WERMUTH, 2015, l. 1367-1369).

A criminalização de atividades muito identificadas com a população escrava possuiu várias conotações ideológicas e políticas que podem ser associadas ao "medo branco" (NEDER, 2007, p.178).

Este medo das revoltas dos negros justifica o vasto rol de tentativas legislativas de se manter o negro sob constante controle. Assim, este temor faz com que o mecanismo punitivo do Estado se volte prioritariamente a punir rigorosamente os escravizados e ex-escravizados (BATISTA,2007, p.146). Na mesma toada está Wermuth (2015, l. 1510-1511) ao concluir que o medo branco de uma insurreição das classes que lhe eram subalternas foi combatido com a imposição de um medo do Direito penal e seus mecanismos de punição.

Neste contexto de aumento da repressão aos negros tidos como desordeiros e perigosos, cumpre-se fazer considerações acerca da criminalização da "vadiagem" e da ociosidade que permearam e orientaram significativamente a lógica punitivista da época.

A punição destas práticas é justificada pelo "saber *lombrosiano"*[32] que imperava e tinha o tônus de ser "científico". Desde já, cumpre-se ressaltar que essa justificativa para as ações jurídico-criminais ainda serve ao poder público no Brasil. A predeterminação dos negros ao mal (com origem tanto na ciência como na própria religião) serve de poderoso sustentáculo para todos os sentimentos que possibilitam a prática da exclusão social e autêntica "desumanização". Com isso, não restam tantas vozes contestadoras da exacerbada repressão policial e demais violações de direitos que são praticadas contra este grupo de pessoas ontem e hoje (WERMUTH, 2015, l. 1439-1447).

A grande concentração de renda na mão de poucos vai demandar a exclusão e marginalização de muitos, sendo os mecanismos repressores da justiça criminal peças-chave para atingir este fim (MORAIS, 2019, p.171).

[32] Acerca do uso da criminologia Lombrosiana, Neder (1995, p.18) afirma que é notório no discurso jurídico do Brasil, a legitimidade no pensamento europeu. A própria emergência da criminologia, na estruturação dos quadros sociais europeus, decorre da legitimação da ordem burguesa.

A ociosidade só era vista como um aspecto negativo se fosse "cometida" pelas classes empobrecidas. O ocioso que tivesse dinheiro para sua subsistência não era visto como um risco à ordem pública, pelo contrário, nestes casos a ociosidade era um bom atributo[33] (WERMUTH, 2015, l. 1471-1472). A tipificação da prática da vadiagem cumpria algumas finalidades desejadas pelas elites, por isso que sua importância é tão grande. Ao criminalizar a vadiagem, mantinha-se o corpo do indivíduo completamente controlado, pois ao mesmo tempo impunha a ele a sujeição ao trabalho, implantava na sociedade uma "estratégia de suspeição generalizada"[34] (que atingia principalmente os afrodescendentes); e os que efetivamente eram detidos tinham seus corpos aprisionados no cárcere. Esta tríplice possibilidade satisfaz por completo os desejos da elite hegemônica. Neste contexto há uma hialina aproximação entre os conceitos de pobreza e criminalidade, na medida em que os mais pobres, ontologicamente/deterministicamente seriam propensos ao cometimento de crimes (WERMUTH, 2015, l. 1480-1485). Assim, a medida da pobreza seria proporcional à medida da periculosidade e, consequentemente, a medida do controle realizado pelo aparato punitivo estatal (WERMUTH, 2015, l. 1513-1515).

O ex-escravizado, ainda que livre e disponível no mercado de trabalho, foi excluído da maioria das profissões que exigia qualificação e alfabetização. Para ele, eram dados empregos como os de estivador, empregados domésticos e serventes em fábricas. Ou seja, ocupações tidas como "vis" à época e que não possibilitavam nenhum tipo de possibilidade de ascensão social (NEDER, 1995, p.22).

Percebe-se que, após o momento de os indivíduos escravizados estarem "libertos para o trabalho", já havia toda uma estrutura legal que visava controlar seus corpos a partir, principalmente, da criminalização da vadiagem e mendicância. Já estava montado todo o arcabouço legal caracteristicamente seletivo (marca que até hoje acompanha a legislação penal *tupiniquim*) direcionado aos setores pobres da sociedade (SOLAZZI, 2007, p.107).

[33] Morais (2019, p.210), em importante e atual análise das fundamentações utilizadas por profissionais técnicos da justiça criminal nos processos judiciais que envolvem jovens infratores, conclui que "os pareceres e falas desses técnicos continuam carregados de conteúdos moralistas, segregadores, racistas e, portanto, mortíferos". Morais (2019, p.237-238) indica que estes "profissionais técnicos" que participam dos julgamentos, não raro, ainda utilizam a ociosidade dos jovens para fundamentar a necessidade das sanções a eles destinadas. O tempo "ocioso e sem ocupação definida", bem como a ausência dos pais no viver cotidiano, situações consideradas plenamente normais na vida de muitos jovens brasileiros (nas famílias mais ricas), mas se o jovem brasileiro é negro e pobre, esses elementos são vistos como verdadeiros problemas e utilizados para rotular a vida deste jovem como "defeituosa" e "desqualificada". O elemento mais relevante da questão é menos o "estilo de vida" que se vive e mais "quem leva esta vida ociosa". No Brasil atual, os jovens negros e pobres descendentes dos escravizados africanos não podem vivê-la.

[34] Esta suspeição é especialmente efetiva e significativa em um contexto em que os grandes proprietários não poderiam mais manter a sua produção através da compra da própria pessoa do trabalhador. Com esta suspeição, o controle poderia ocorrer mesmo fora dos limites da unidade de produção. (WERMUTH, 2015, l. 1524-1527). Solazzi (2007, p.212-213) afirma "a estratégia de suspeição da maioria assumia características preventivas e eliminatórias. A superação da responsabilidade moral por uma responsabilidade social possibilitava a eliminação individual de um criminoso "diagnosticado".

Nesta mesma linha está Neder (1995, p.23) ao afirmar que "o processo de construção da ordem burguesa no Brasil exigia o aperfeiçoamento e a eficácia das instituições de controle social (Justiça e Polícia)".

A autora Vera Malaguti Batista (2007, p.147) também chama atenção para um fato que até hoje reverbera no Brasil contemporâneo. Para o ordenamento jurídico do Brasil pós-independência, o escravizado era considerado objeto para os ramos do direito da época[35], exceto para o direito penal. Neste código, o cativo era considerado como pessoa e por isso, poderia sofrer sanções. Atualmente, o Estado não penetra nas áreas de gueto e favelas concretizando direitos fundamentais aos seus moradores (como saúde, educação, saneamento básico e habitação digna). Todavia, o braço policial por lá está sempre, com seus tiroteios, suas prisões, suas mortes e seu terror.

Após a independência do Brasil, o principal produto produzido pelos grandes proprietários de terras foi o café, que contou com intensa utilização de trabalho escravo. O processo de encaminhamento para a abolição formal da escravidão no Brasil foi acontecendo gradualmente. Uma estratégia tomada pelo governo foi o estímulo a uma grande imigração de mão de obra europeia para o país, sobretudo para trabalhar nestas plantações de café.

Um aspecto muito relevante que diz respeito à produção cafeeira, é que a dinamização deste setor, que contou com investimentos estrangeiros, acarretou grandes transformações históricas, como a mecanização da produção agrícola, a construção de ferrovias e a substituição do trabalho compulsório por trabalho livre. Esta dinamização possibilitou o estabelecimento de uma agricultura capitalista (NEDER, 1995, p.28).

O período de crise na Itália trouxe significativa piora na condição de vida dos italianos e isso foi fundamental para que um contingente enorme deles se sentisse estimulado para imigrar ao Brasil, principalmente a população mais vulnerável dos pontos de vista social e econômico (FAUSTO, 2015, P.178).

De acordo com Fausto (2015, p.175-178) os escravizados não foram transformados em trabalhadores livres e aproveitados como mão de obra, em virtude de um grande preconceito que existia em relação a eles, bem como a dificuldade de se acreditar que, depois de tantos anos de brutal servidão, eles permaneceriam em condição muito semelhante a que estavam anteriormente. Já Wermuth (2015, l. 1409-1414) afirma que, ao

[35] Registra-se, novamente, que tanto a Constituição quanto o Código Criminal omitiram completamente a situação dos indígenas.

mesmo tempo em que as classes sociais hegemônicas viam o negro como péssimo trabalhador, a atração de imigrantes brancos era vista também como um catalisador para introdução do Brasil ao capitalismo, tida como algo que representaria uma evolução do país, uma vez que a raça branca era considerada como superior quando comparada à raça negra, vinculada à degeneração e atraso.

Neste processo gradual de diminuição da prática escravocrata no país, é necessário fazer referência à Lei do Ventre Livre, de 1871, que afirmava serem livres os rebentos das mulheres escravizadas que haviam nascido após a promulgação da norma legal. Estas crianças ficariam no poder dos proprietários de suas mães até que completassem oito anos. Depois que completassem essa idade, o proprietário da mãe da criança ou receberia indenização ou exploraria a mão de obra do infante até ele completar vinte e um anos de idade. Na prática, dificilmente os proprietários dos cativos optavam pelo recebimento da indenização, fazendo com que os efeitos concretos desta lei fossem poucos sentidos.

De acordo com Solazzi (2007, p.146), os escravizados pertencentes à própria Coroa, bem como os abandonados e os provenientes de heranças vagas ficavam sob a inspeção governamental pelo prazo de cinco anos, período em que eram obrigados ao trabalho em estabelecimentos públicos.

Apesar de estas medidas trazerem uma relevante repercussão do ponto de vista financeiro do grupo dominante, estas eram consideradas reflexos menos graves do que os que poderiam ser gerados a partir das eventuais revoltas e rebeliões escravas que passíveis de surgir. Havia um grande medo, por parte dos brancos, em relação a um possível "levante negro" ou receio do denominado "*haitianismo*[36]" e as ações no sentido de controle total sobre as vidas dos negros africanos, tanto os escravizados quanto os "livres", são reflexos claros deste temor. Para Casara (2015, p.232) "a criminalização identificava-se com a criminalização do negro".

O sentimento de medo está umbilicalmente associado a outro sentimento, que é o da insegurança, que por certo também era sentida pelas elites dominantes. Acerca da sensação de insegurança, tão presente na época aqui retratada, mas também tão presente no Brasil atual, afirma Gomes (2015, p.92) que se a ideia de "segurança" estiver atrelada a um controle total e eliminação de riscos, é imperioso admitir que nunca se viverá em uma

[36] Expressão utilizada para caracterizar o medo que a elite brasileira à época sentia de que no país ocorresse uma revolta nos moldes da que ocorreu no Haiti.

sociedade com um nível de segurança ideal. Prossegue sustentando o autor que do ponto de vista exclusivamente jurídico, não há como se eliminar a "perigosidade".

Sobre a sensação de insegurança, Gomes (2015, p.96) giza que ela se manifesta em dois planos diferentes: no primeiro está-se diante da insegurança objetiva, que é formada pelos fatos, pelo cometimento de crimes. No segundo plano, está-se diante da insegurança subjetiva, gerada pelos reflexos subjetivos e intersubjetivos da concretização dos fatos criminalizados e que ficam plasmados no âmbito cognitivo pessoal do indivíduo. Aqui se está diante da relação emocional vinculada a ideia de vitimização, incutindo também uma projeção da probabilidade que se tem de se estar no lugar da vítima.

Logo, o medo sentido pelos indivíduos não é uma decorrência exclusiva do que se observa a partir dos fatos, a partir de uma base empírica e concreta. Também são decorrências do que se imagina, do que se ouve e do que se presume (GOMES, 2015, p.98).

Os elementos vinculados à insegurança, por serem muito influenciados por amplificar aquilo que está apenas no âmbito da imaginação, são muito vulneráveis à manipulação. Com isso, não está se tentando dizer que a insegurança parte do nada, apenas diz-se que não advêm de uma "base experimental" (GOMES, 2015, p.106).

Trazendo a temática para o campo específico do cenário brasileiro, a autora Vera Malaguti Batista (2007, p.141-142) afirma que a justificativa da adoção de inúmeras políticas autoritárias de controle social foi a difusão do medo por parte da elite conservadora. A construção deste medo vem se consolidando desde o início da colonização brasileira, principalmente a partir da adoção do modelo escravista. Foi constituída uma sociedade que "incorporava excluindo" e que se constituía a partir de uma rigorosa hierarquização social. Assim, a burguesia brasileira sempre esteve diante deste medo dos atos rebeldes por parte dos negros escravizados e atualmente, por parte de seus descendentes.

A herança jurídica ibérica, carregando todo o peso de seu passado inquisitorial, trouxe inúmeras marcas para o Brasil, que os carrega até hoje. Entre os aspectos herdados, está a presença do forte dogmatismo que inviabiliza a pluralidade, bem como a definição de um controle social calcado na intervenção moral, tendo a prática de tortura e estímulo a delações como mecanismos-símbolos (BATISTA, 2007, p.144). Solazzi (2007, p.96) indica que a estruturação política no Brasil pode ser compreendida por meio da atribuição de um caráter negativo da diferença que, instrumentalizada pelo saber de inquérito, plasmou na

legislação modalidades de sujeição e domínio de diversas comunidades tidas como selvagens e insolentes que se deveria domesticar.

1.9 A luta abolicionista e a extinção formal da escravidão no Brasil

Na década de 1880, o pensamento abolicionista no Brasil cresceu muito, principalmente a partir da difusão dos posicionamentos de Joaquim Nabuco. Este autor foi o escritor da principal compilação de ideias concernentes ao ideário que clamava pela libertação concreta dos escravizados. Em 1883 foi publicado pela primeira vez o seu famoso livro "O abolicionismo".

De acordo com Nabuco (2003, p.27) apenas na legislatura que alcançou os anos de 1879 e 1880 houve um grupo organizado de políticos com a real preocupação acerca da emancipação dos escravizados[37]. Afirma Solazzi (2007, p.100) que o debate parlamentar envolvendo os defensores do regime escravocrata e os abolicionistas tornou muito clara toda a conformação social e política-legislativa do Brasil que conduziu o país desde as "guerras justas" intentadas contra as comunidades tribais, perpassando pela legitimação legal de castigos extremamente rígidos direcionados aos escravizados, até a suspeição generalizada de negros e pobres, concluindo-se, assim, que o país, ao menos no campo social, sempre manteve a hostilidade característica de um espaço marcado pela "guerra social".

Todas as formas anteriores a estes supracitados anos haviam sido extremamente tímidas no combate a escravidão. Mas com o surgimento deste grupo que tinha como bandeira política a eliminação da prática escravagista é que se denota o surgimento do "movimento abolicionista", movimento este que não estava preocupado tão somente com o resgate dos cativos, mas acima de tudo, em corrigir todos os problemas que a prática da escravidão trouxe ao país. Portanto, entre os abolicionistas havia a completa consciência de que, por mais que, formalmente fosse decretada a abolição da escravatura, haveria uma enorme quantidade de questões correlatas a serem discutidas seguindo os princípios da justiça e da humanidade. A consciência de que o regime escravocrata tinha moldado o

[37] Nabuco (2003, p.29) achou por bem esclarecer qual seria o sentido da palavra escravidão a ser usado no seu principal livro. Desta feita, para o supramencionado autor, a escravidão "não significa somente a relação do escravo para com o senhor; significa muito mais: a soma do poderio, influência, capital, e clientela dos senhores todos; o feudalismo estabelecido no interior; a dependência em que o comércio, a religião, a pobreza, a indústria, o Parlamento, a Coroa, o Estado, enfim, se acham perante o poder agregado da minoria aristocrática, em cujas senzalas centenas de milhares de entes humanos vivem embrutecidos e moralmente mutilados pelo próprio regime a que estão sujeitos; e por último, o espírito, o princípio vital que anima a instituição toda, sobretudo no momento em que ela entra a recear pela posse imemorial em que se acha investida, espírito que há sido em toda a história dos países de escravos a causa do seu atraso e da sua ruína".

caráter nacional e a organização do Estado estava nítida no pensamento abolicionista (NABUCO, 2003, p.26-27).

No ano em que Joaquim Nabuco situa a sua escrita (o livro "O abolicionismo foi lançado em 1883), há de se ressaltar que havia uma defesa consistente no sentido de que o Brasil precisava ter um "partido abolicionista", pois em caso contrário, estaria muito claro que o regime escravocrata teria "completado a sua obra" e estabelecido o futuro da nação à custa das mortes de milhares de pessoas. No que tange ao "Partido abolicionista", o autor giza que a sua criação perfaria um ideal de sociedade mais humano, enquanto que os demais partidos políticos eram sempre "bafejados" pela escravidão (NABUCO, 2003, p.32).

Assim, este "partido" deveria ser visto enquanto uma "agitação", uma corrente de pensamentos (e não enquanto um partido político formal), que acabara por atrair cada vez mais filiados dos outros partidos políticos existentes à época, sobretudo a partir da imensa dificuldade que estes entes enfrentavam em (tentar) conciliar posições atreladas ao liberalismo e a manutenção da escravidão. O pensamento abolicionista deveria necessariamente perpassar pelo ideário de todos os partidos existentes à época, o que não ocorreu, sendo uma prova disso a criação do partido Republicano em momento anterior ao surgimento e discussão de ideias abolicionistas (NABUCO, 2003, p.33).

Havia dois problemas cruciais para a luta a favor do término da prática escravocrata no país: o primeiro seria o fato de que os escravizados poderiam ser considerados reféns dos seus senhores/proprietários e o segundo seria o pensamento destes senhores de que eles estavam muito vulneráveis aos seus cativos, portanto, tinham medo de revoltas e revoluções. Com base neste cenário, o movimento abolicionista comungava de uma solução que fosse a "mais conciliatória possível", pregando que o fim da escravidão no Brasil não deveria se dar através de uma revolução, mas sim, através de uma lei (NABUCO, 2003, p.43-44).

Solazzi (2007, p.138) chama a atenção para a importância e valorização da lei enquanto símbolo. A representação política dos proprietários de cativos defendia, a todo custo, aquela forma de estruturação do regime do trabalho, ainda que a relação da escravidão com a sociedade em si já fosse ilegítima e anacrônica, pois as práticas econômicas desenvolvidas no Brasil já haviam ultrapassado a "sociabilidade escravista". Mas, ainda assim, a ideia de que só a partir do parlamento poderia se efetuar a abolição, em uma sociedade que já havia evoluído tanto economicamente quanto socialmente, insere o

abolicionismo parlamentar em um campo de conservadorismo que atribui à licitude da conduta uma importância maior do que o próprio sistema de propriedade e exploração do trabalho.

A corrente abolicionista foi criticada, na época, por fazer com que os escravizados acreditassem em uma sensível melhora de suas condições, quando, na verdade, essa esperança consistiria em um pináculo impalpável. A despeito desta contestação, os abolicionistas acreditavam que a perversidade maior era considerar o fim da escravidão como algo irrealizável (NABUCO, 2003, p.45).

Os abolicionistas não faziam aos escravizados uma promessa formal, com data certa para ocorrer, pois a não obtenção dos ganhos visados poderia acarretar em uma frustração sem igual aos cativos. Todavia, ainda que não houvesse esta promessa explícita, os escravizados acreditavam piamente que, com a independência do país, a abolição não tardaria a ocorrer. Almejavam considerar o Brasil como uma pátria também sua (NABUCO, 2003, p.61).

No histórico documento denominado "Manifesto da sociedade brasileira contra a escravidão" haveria a representação de um "direito moderno" e que a cada derrota do movimento, o país passava por grande humilhação por ser o último país a recepcionar a batalha abolicionista. Este Manifesto é considerado um explícito clamor a favor do trabalho livre e contra a ideia de que uma pessoa poderia ser proprietária de outra. Os brasileiros, a partir daquele documento, estariam declarando não permitirem mais que houvesse a supressão humana de seus compatriotas.

Mais um passo simbólico para a caminhada da abolição foi a promulgação da Lei dos Sexagenários em 1885[38], que liberava os escravizados que tivessem ultrapassado os sessenta e cinco anos de idade. Solazzi (2007, p.171) sustenta que já nos últimos anos do regime escravocrata no Brasil, havia um intenso conhecimento acerca da vida da população escravizada, pois ela se tornou alvo de um controle policial em que vários aspectos da sua vida eram registrados, inclusive, os registros de suas prestações de serviços eram atribuição dos chefes de polícia[39]. Percebe-se que este processo de diminuição da quantidade de cativos e encaminhamento à abolição formal foi plenamente marcado por uma estratégia de

[38] Fato interessante é que no ano anterior, o Estado do Ceará já havia se adiantado e, separadamente do resto do país, declarou a extinção da escravidão.

[39] É interessante perceber que o Código Penal brasileiro de 1890 tratava das relações de trabalho. Portanto, era a legislação penal que fazia o papel do Direito do Trabalho.

coação para o trabalho, envolvendo até as forças policiais para que isso se concretizasse. Neste cenário, havia uma dupla forma de controle: aos que estavam trabalhando, havia ostensiva fiscalização policial, mediante registro de planilhas e cadernetas e aos que não estavam tendo "ocupação útil" havia a cominação de punições disciplinares e envio ao trabalho obrigatório.

A abolição formal só ocorreu no dia treze de maio de 1888, sendo sancionada pela Princesa Isabel. Não por coincidência, o fluxo de imigrantes italianos para o Brasil atingiu sua taxa máxima no ano da abolição formal da escravidão.

É bom tornar clara uma ideia: o fundamento político da ultrapassagem do regime escravocrata não foi humanista. A abolição formal foi vista como uma estratégia para se evitar uma revolta interna (SOLAZZI, 2007, p.102).

Seguindo a lição de Casara (2015, p.234), percebe-se que a forma como foi extinta formalmente a escravidão no Brasil perpassou por uma análise de suas repercussões econômicas e um exame pormenorizado acerca da segurança pública. Assim, novamente, ao invés de termos uma ruptura histórica verdadeiramente popular, houve uma acomodação "de cima para baixo[40]" um procedimento manuseado e calculado pela cúpula do poder político para que as transformações fossem mais palatáveis aos olhos dos poderosos e que as mudanças lhes repercutissem da forma mais suave possível. O ato da princesa Isabel foi visto como um "presente gracioso", enquanto a população assistia atavicamente sem participar propriamente dos acontecimentos.

Estes acontecimentos históricos, tanto no ano de 1888 quanto a que viria no ano seguinte, com o fim da monarquia e chegada da República, refletem vivamente nos mecanismos de controle social utilizados precipuamente contra as classes mais vulnerabilizadas da população. Ainda que no que tange à estrutura da justiça criminal, tenha existido uma certa aproximação com o que que era realizado na Europa (o que representava algum grau de modernização), a estrutura social não sofreu grande mudança, continuando a se fundar em concepções arcaicas que, do ponto de vista cultural, tanto juridicamente quanto politicamente representavam a manutenção das mesmas formas de se sujeitar os

[40] Cumpre fazer referência ao já citado processo de independência do país, também realizado sem uma significativa revolta popular e que fez com que o Brasil, nação recém-independente fosse governada por um monarca nascido em Portugal, nação que lhe colonizou e explorou economicamente. Também importa relembrar que o próprio liberalismo no Brasil não foi resultado de uma revolta popular, mas sim, uma estratégia da oligarquia, uma vontade nascida no próprio governo (WOLKMER, 2002, p.77). As verdadeiras rupturas não ocorrem na história brasileira.

corpos dos trabalhadores e com isso, manter a sociedade rigidamente hierarquizada (WERMUTH, 2015, l. 1346-1350).

Algumas permanências são facilmente percebidas e esta percepção se torna muito mais facilitada no *locus* penal. Mesmo com a chegada da República e seu Código Penal de 1890, a preocupação com o ócio dos ex-escravizados e repressão aos réus "vadios[41] ou sem domicílio" permanecia essencialmente a mesma, como se nota do exame de normas legais da época, como, por exemplo, o decreto n.145 de onze de junho de 1893 que dispunha sobre a "prisão correcional" de "mendigos válidos", vagabundos ou vadios, capoeiras e desordeiros, em colônias criadas pelos Estados ou pela própria União; e o decreto n. 3.475 de quatro de novembro de 1899, que eliminava por completo o direito à fiança dos réus "vagabundos ou sem domicílio" (WERMUTH, 2015, l. 1390-1394).

Sobre o Código Penal de 1890, ainda que existissem inúmeras mantenças, cumpre-se tratar, especificamente, de certas alterações significativas. Solazzi (2007, p.185-191) afirma que este código realizou a diferenciação entre crimes e contravenções, fazendo com que os grupos de crimes antes chamados de "públicos" e "privados" pertencessem, na novel codificação, ao conceito de "crimes", enquanto os outrora considerados "crimes particulares" transformaram-se em "contravenções". Quanto às penas, proibia as "infamantes" e previa a aplicação de "prisão celular" em 78,7% das práticas criminalizadas. Grandes mudanças trazidas pelo *digesto* de 1890 eram referentes aos tipos de penas que seriam cominadas aos que cometessem ou crimes ou contravenções. No que tange à aplicação da pena, os magistrados não tinham liberdade para definir o "*quantum"* da pena, posto que a sua quantificação já estava fixada previamente, na própria disposição normativa. Por fim, há de se mencionar a retirada da reparação pecuniária da esfera da justiça criminal e sua inclusão na jurisdição civil.

No mais, neste Código penal da república brasileira, mais especificamente no seu livro I, havia normas que eram destinadas a "proteger o trabalho", trazendo mecanismos jurídicos garantidores da reprodução do capital. Além de instrumentalizarem a repressão do Estado, estes dispositivos legais contribuíram para a formação, mesmo incipiente, de um mercado de trabalho já marcado pela elevada expropriação da mais-valia (NEDER, 1995, p.67).

[41] O controle social sobre os vadios e mendigos, através de medidas policialescas, encontra-se, mesmo de forma "embrionária" já nas Ordenações Filipinas de 1603 e que vigoraram no Brasil até a criação do Código Criminal de 1830 (SOLAZZI, 2007, p.68).

Um aspecto interessante dentro desta discussão é a percepção de que o trabalho em si nunca foi algo que atraía muita atenção por parte dos senhores de terras, uma vez que a obtenção de mão de obra para os seus projetos era facilitada a partir da simples compra. Todavia, com a abolição formal da escravidão, este grupo teria que lidar com uma realidade diversa, trazendo um ponto fulcral para toda a estrutura produtiva: como fazer o liberto se transformar em um trabalhador disposto a vender a sua força de trabalho? (WERMUTH, 2015, l. 1398-1401).

A opção encontrada foi excluí-los de trabalhos que necessitavam, por menor que fosse, algum grau de instrução e qualificação, destinando aos libertos apenas aqueles trabalhos tidos como mais vis e com menor remuneração. O objetivo estava claro: desacreditá-los completamente de uma "possível" ascensão social e mantê-los entre as camadas mais baixas da hierarquia social (WERMUTH, 2015, l.1405-1409). As estratégias de punição privada tão comuns durante o escravismo brasileiro se tornaram o modelo a ser seguido pelo controle social formalizado que viria a ser utilizado posteriormente no Brasil (WERMUTH, 2015, l. 1546-1548).

Conforme indica Morais (2019, p.137), na sociedade brasileira ainda vigora uma tradição muito antiga de prática de maus-tratos e tortura como mecanismos de controle. Assim, mesmo sendo declarada pública-estatal, a pena privada é aplicada de forma "subterrânea", escamoteada, por meio de um uso completamente arbitrário do poder de punir que se dá, não raro, em lugares privatizados. Pode-se dizer, portanto, que ainda hoje há uma complexa interação de uma pena formal/pública e uma pena privada/informal.

O autoritarismo sempre esteve presente nos componentes que formataram o surgimento da sociedade brasileira e ele, não por acaso, permanece até os dias atuais. Esta permanência se deve porque, na história brasileira, não houve uma ruptura capaz de alterar, genuinamente, a estrutura da sociedade e, consequentemente, eliminar as raízes deste autoritarismo. Pelo contrário, sempre houveram inúmeras situações em que as mudanças eram geradas a partir da criação de um consenso de grupos da elite que se "antecipavam" à eventual formação de uma vontade popular surgida das camadas mais pobres (CASARA, 2015, p.230).

Não há dúvidas que a abolição formal da escravidão e a superação do regime monárquico no Brasil, acarretou no aumento do já citado medo branco em relação a um possível levante negro/africano e o liberalismo oligárquico que imperou nestes anos todos

maximizou (e legitimou!) a desigualdade social que a República herdou da monarquia escravagista (WERMUTH, 2015, l. 1425-1427).

1.10 Criação do Código Penal e Processual Penal brasileiros, governos ditatoriais no país e a formação de uma sociedade com mentalidade autoritária

Como exposto até este momento, a organização do país enquanto país e estrutura burocrática-administrativa foram marcados por autoritarismo, colonização, escravidão e uma colossal desigualdade econômica-social. Uma sociedade autoritária dificilmente ornará um regime democrático, porque sempre dará oportunidades que agentes políticos possam interromper este regime democrático.

A sociedade brasileira permanece ainda hoje impregnada de elementos autoritários e se democratizou muito pouco, o que estabeleceu enormes dificuldades para a consolidação e regular funcionamento das instituições democráticas no país. É ingenuidade pensar, sobretudo quando se analisa a sucessão dos governos do país, que o povo brasileiro possui apreço pela democracia[42]. A constituição federal de 1988 tentou construir um regime democrático e reverter a situação, o que justificou um certo otimismo da população em relação a uma possível chegada na "era da democracia". Contudo, ainda hoje, o Brasil é um país marcado pelas chagas da desigualdade, intensa violência estatal e com as instituições democráticas sendo gradualmente erodidas.

Após sedimentar as bases mais longevas, ocasião em que se tratou da colonização e período pós-independência, dá-se um salto histórico para um outro momento crucial na compreensão da inquisitorialidade e perversidade que permeiam o sistema de justiça brasileiro (sobretudo o penal). Este momento é o da criação dos *digestos* penais que ainda hoje são utilizados no Brasil.

O código penal brasileiro e o código processual penal brasileiro foram elaborados em um período que o país era governado por um regime autoritário e ditatorial chamado "Estado Novo". Fazendo referência a Calheiros (2015, p.35), é necessário pensar a construção daquela legislação como algo que estava em sintonia com o modo de olhar o mundo que pautava o Brasil à época.

[42] A título de exemplo, desde a "redemocratização" (ou a Nova República que inicia em 1985) apenas três políticos eleitos para o cargo de presidente da república brasileira completaram regularmente seus mandatos. São eles: Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff (que, apesar de ter sofrido um golpe parlamentar em seu segundo mandato, conseguiu terminar regularmente o seu primeiro mandato). Portanto, em mais de trinta anos do fim da ditadura civil-militar, percebe-se que este número é muito baixo.

Os supracitados códigos estavam alinhados com um governo que não tinha apreço algum pelo que se denomina direitos humanos e os direitos fundamentais. Vários artigos do código processual penal possibilitam a gestão probatória à cargo do juiz, o que encarna na legislação um cariz nitidamente inquisitório. Este código instaurou no país o sistema penal bifásico, à imagem do que foi tomado por Napoleão Bonaparte em 1808. Se ao tirano europeu serviu, por certo serviria para o tirano de *terrae brasilis*[43].

Ainda que, inegavelmente, o exame destas normas elaboradas há mais de setenta anos possa ser "facilitado" a partir da formação de um pensamento atual, o que nos permite considerar estes códigos a partir de seus matizes nitidamente autoritários, não democráticos e não alinhados com a proteção dos direitos humanos, ainda hoje estas normas ainda vigoram no país, servindo de substrato, diariamente, para diversas condenações no país.

Compreender o berço e o contexto histórico de sua gestação, nos facilita a compreensão da origem do sistema processual penal que temos na atualidade. É relevante trazer o contexto histórico e pensamentos jurídicos que fundamentaram os códigos penal e processual penal que atualmente vigoram no Brasil.

O comandante maior da pátria quando da confecção dos supracitados códigos foi Getúlio Vargas que, chegando ao poder em 1930, nele ficou por ininterruptos quinze anos, primeiramente como chefe de um governo provisório, depois como presidente eleito através de eleições indiretas e, por fim, como ditador. Em 1950 retorna à presidência da república através de eleição direta, contudo, não chega até o final de seu mandato por ter cometido suicídio no ano de 1954.

Desde o início do seu governo, Getúlio Vargas já efetivara medidas centralizadoras, como por exemplo, a de dissolver o congresso nacional e as assembleias legislativas tanto estaduais quanto municipais. Houve também um maior controle por parte do executivo federal em relação à ação dos Estados que, a título de exemplo, foram proibidos de contrair empréstimos sem a permissão do governo federal; de municiar as polícias estaduais com artilharia e armas em proporção superior as do exército e de gastar mais de 10% da despesa ordinária com os serviços de polícia militar (FAUSTO, 2015, p.284-285).

Sua política trabalhista teve como funções principais reprimir os esforços para a organização de uma classe trabalhadora urbana e persuadi-la para o apoio ao governo. O

[43] Na mesma toada está Prado (2006, p.223) ao afirmar que "supor generosidade, espírito científico ou público em regimes ditatoriais significa desconhecer a lógica que domina o manejo, a manipulação do Sistema de Justiça Penal em tais circunstâncias".

governo passou a ter uma função de grande controle no exercício da atividade sindical, chegando ao ponto de funcionários do ministério do trabalho assistirem às assembleias dos sindicatos. Estes funcionários estatais poderiam optar pela cassação da entidade, visto que o ministério tinha poder para isso. Percebe-se que, apesar de ter guarida na legislação, os sindicatos não exerciam suas funções de forma autônoma (FAUSTO, 2015, p.286-287).

Em 1932, alguns Estados (os mais insatisfeitos com o regime de Vargas) elaboraram uma revolta contra o governo federal. A revolta irrompeu em São Paulo, mas para a decepção dos paulistas, o apoio dos Estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul não veio. Os revolucionários desejavam atacar as principais capitais do país, forçando o governo federal a negociar. Mas a revolução falhou. O desequilíbrio das forças militares fez com que a luta durasse apenas três meses (FAUSTO, 2015, p. 293-299).

Após esta revolução, o governo provisório comandado por Vargas decidiu constitucionalizar o país. A constituição foi promulgada em 1934 e, no mesmo ano, Getúlio Vargas foi eleito presidente indiretamente pela própria Assembleia Nacional Constituinte para exercer mandato até 1938.

Esta constituição não era bem elaborada, mas inegavelmente trouxe conteúdo novo, inovando ao ampliar os poderes da União; fez a separação e descrição das rendas tributárias entre União, Estados e municípios; definiu o sistema eleitoral e criou a Justiça Eleitoral (vinculada ao poder judiciário), admitindo o voto feminino; declarou em conjunto com o rol de direitos e garantias individuais, um título concernente a ordem econômica e social e outro acerca da família, educação e cultura, com suas bases quase todas programáticas, recebendo direta influência da Constituição de Weimar (SILVA, 2009, p.81-82).

Nos anos seguintes, as eleições para a presidência haveriam de ser diretas. Parecia que o Brasil “iria navegar por águas tranquilas” e que a democracia estaria estabelecida. Todavia, em aproximadamente três anos após promulgada a constituição, ocorreu o “golpe do Estado Novo” que frustrou por completo estas esperanças (FAUSTO, 2015, p.300-301).

Para situar o início do Estado Novo de Vargas, é necessário indicar que após o final da primeira guerra mundial, ideias totalitárias ganham, gradualmente, força na Europa. Em 1922 Mussolini chega ao poder na Itália e o nazismo sagra-se vitorioso na Alemanha em 1933. A crise mundial e a evidência dos problemas trazidos pelo capitalismo, sobretudo a partir do aumento do empobrecimento e desemprego da população, fizeram com que os

“ideólogos autoritários” ganhassem cada vez mais espaço ao afirmarem que a democracia liberal travava “lutas políticas inúteis” (FAUSTO, 2015, p.301).

Na mesma toada está D´Araújo (2000, p.5) ao afirmar que a proliferação destas concepções ideológicas formulava o que viria a ser o “homem novo”, o papel do Estado e uma boa sociedade. A revolução Russa e a primeira guerra mundial davam “o golpe de misericórdia” em um Estado liberal em profunda crise. Contra este liberalismo, agigantavam-se os pensamentos totalitários.

Neste mesmo período, surgiam no Brasil diversas organizações fascistas, sendo a mais notável a Ação Integralista Brasileira (AIB) que declarava como seus inimigos o socialismo, o liberalismo e o capitalismo financeiro internacional (majoritariamente comandado por judeus). Valorizavam o Partido único e o culto à personalidade do líder. Com o passar dos anos, é inegável que uma corrente de pensamento conservadora e autoritária se espraiou pelo país, pregando ideias que iam do desejo que o Estado “promovesse a ordem e o desenvolvimento”, bem como que colocaria fim aos conflitos sociais e excessos de liberdade de expressão (FAUSTO, 2015, p.301).

Ao lado do fortalecimento deste grupo fascista, houve também o fortalecimento de um grupo de caráter comunista: a Aliança Nacional Libertadora (ANL), que foi criada em 1935 e era comandada pelo Partido Comunista Brasileiro. Este grupo ganhou muita projeção e aumentava rapidamente de tamanho, o que gerou preocupação nos militares. Poucos meses após a sua criação, foi tornada ilegal, o que não fez cessar suas atividades políticas (agora na clandestinidade). Por conta de uma estratégia de reprimir fortemente quem se opunha ao governo, foi promulgada a Lei de Segurança Nacional, muito útil ao governo na consecução de seu desiderato de levar militantes de esquerda para as prisões (D´ARAÚJO, 2000, p.12).

Com o cada vez maior rigor na repressão aos comunistas, a ANL passou a preparar uma insurreição e em novembro de 1935 tentaram, sem êxito, dar um golpe. Em virtude da grande dimensão deste levante, pode-se dizer que nos dois anos posteriores o governo de Vargas atuou quase que inteiramente sob estado de sítio ou de guerra, o que significa dizer que as liberdades individuais estiveram suspensas neste período. Este levante fez com que o nível de autoritarismo e repressão estatal aumentasse de forma muito significativa. O perigo trazido pelos comunistas justificou medidas de forte opressão (onde a tortura era utilizada

com habitualidade) que culminaram em exílios ou até mesmo prisão de parlamentares[44], intelectuais e jornalistas tidos como militantes da esquerda (D´ARAÚJO, 2000, p.13).

O estopim para acender o "clima golpista" surgiu com o denominado "Plano Cohen", um acontecimento que até os dias atuais não possui uma explicação clara e, principalmente, verossímil (FAUSTO, 2015, p.310). Este plano (com nome identificado com a religião judaica) era uma peça de ficção (e doutrinação) elaborada pela AIB, a ser publicada no seu próprio boletim, descrevendo (de forma até caricatural) como haveria de ser uma revolta judaico-comunista, de ordem internacional, que visava destituir o governo brasileiro e instaurar no país uma sociedade materialista, ateia e contrária aos "valores das famílias". Este documento, considerado fantasioso até mesmo por membros da AIB foi usado por militares, sendo divulgado nacionalmente pelas rádios e publicados em vários jornais, como se o "tenebroso plano" verdadeiro fosse (D´ARAÚJO, 2000, p.14).

A "descoberta" do Plano Cohen levou o governo a decretar Estado de Guerra, cuja Comissão Executora divulgou resoluções que previam, entre outras coisas, a imediata prisão de todos os suspeitos de atividades comunistas e a criação da Polícia Federal, cuja finalidade era reprimir o comunismo em todo o território nacional (MALAN, 2015, p.13).

Em uma sociedade completamente fragmentada, a difusão do medo de uma ameaça de revolução no país (legitimada pela informação que o plano Cohen estava sendo distribuído em quarteis militares) forjou uma aliança entre as elites civis e militares "em torno da proteção da nação" (D´ARAÚJO, 2000, p.15).

Getúlio decidiu dar um golpe de Estado em 19/11/1937, inaugurando o Estado Novo. Na manhã deste dia, o Congresso esteve envolto de militares que impediram a entrada dos políticos. Pela parte da noite, Getúlio Vargas anunciou o início de uma nova fase política e o início da vigência de uma nova constituição, chamada de "*polaca*" por conta de sua grande semelhança à constituição polonesa de inspiração fascista. Com esta mudança na política, houve a queima simbólica das bandeiras dos Estados, indicando a centralização do poder e consolidação de um poder central que poria fim aos regionalismos do país. As regiões todas obedeceriam a um único líder. Vargas tinha apoio de grande parte das elites[45], tornando-se um ditador que contou com apoio civil e militar (D´ARAÚJO, 2000, p.18).

[44] Fausto (2015, p.309) afirma que em março de 1936, policiais invadiram o congresso e prenderam cinco parlamentares que ou tinham apoiado a ANL ou "haviam demonstrado simpatia por ela". Se estas prisões não fossem o bastante, houve, por parte do Congresso, o aceite da justificação para as prisões, no que foi plenamente autorizado o processo contra os que haviam sido presos.

[45] A coesão nacional em torno de um apoio forte a determinado político necessitava da construção simbólica em torno de um inimigo comum e este inimigo tornou-se o "comunista". Essa escolha se deveu por quatro fatores principais: os comunistas eram contrários ao

Sobre esta constituição de 1937[46] imposta ao povo brasileiro, Silva (2009, p.83) indica que ela atribuiu ao Poder Executivo uma intervenção direta e eficaz na elaboração das leis, reduzindo a atividade do parlamento nacional (em sua função legislativa). O poder esteve concentrado nas mãos do chefe do Executivo, que legislava através de decretos-lei. Conferiu ao Estado uma função própria de coordenação da economia, acentuando a nacionalização de atividades e fontes de riqueza. A bem da verdade, essa constituição não possuiu uma aplicação regular, tendo grande parte de seus dispositivos uma ineficácia completa. Esta carta constitucional sofreu vinte e uma emendas, plasmando o desprezo pela "estabilidade constitucional" na medida em que seu conteúdo era alterado, muitas das vezes, por meras conveniências do momento.

A ideologia fascista foi um grande modelo inspirador ao Estado Novo, o que se percebe a partir da concretização, no país, de muitas características levadas a cabo na Itália, entre elas estão: personificação do poder central; negação do parlamentarismo democrático; execução de políticas imigratórias antissemitas; construção de um "Estado forte"; e, por fim, utilização dos órgãos estatais de controle social contra dissidentes do regime. Este projeto político-ideológico foi marcado por ser muito bem organizado em suas muitas esferas de atuação (MALAN, 2015, p.15). É neste contexto da ditadura Varguista que são elaborados o código penal (em 1940 e considerado cópia do Código *Rocco*) e o código processual penal (em 1941), ambos recebendo ampla influência dos documentos normativos criados na Itália governada por Benito Mussolini.

No Brasil, o artífice maior destes códigos que até hoje vigoram, bem como da constituição de 1937, foi Francisco Campos. Sua atuação partia da premissa que a sociedade de massas era guiada por suas paixões, ignorando questões complexas inerentes ao debate político. Desta feita, imaginava que o processo político deveria albergar as massas a partir do plano simbólico, pela construção de uma figura que seria o Chefe da nação (e do poder executivo), cuja interação com a população se faria de forma direta e sem contar com o auxílio de instituições liberal-democráticas. A reestruturação do Estado, para Campos,

sistema capitalista e sua burguesia; usavam métodos violentos para se defender; eram bem organizados e tinham uma estratégia delineada para a implantação de seu propósito político e, por fim, eles de fato tentaram dar um golpe em 1935 (MALAN, 2016, p.21).

[46] O preâmbulo desta constituição é bastante simbólico ao indicar que, ao promulgar aquele documento, o presidente estaria atendendo às legitimas aspirações do povo brasileiro para evitar que a paz fosse eliminada por fatores que levavam a desordem e que almejavam, através de "propaganda demagógica" promover conflitos ideológicos e luta de classes, fazendo com que o país ficasse na iminência de uma guerra civil. O próprio preâmbulo traz, explicitamente, a noção de que esta "agitação" trazida ao país se deveu pela atuação dos comunistas, o que precisaria de uma solução radical e permanente.

perpassava pela destruição destas instituições e a elevação de um regime marcado por uma centralização autoritária do poder político, concentrado na figura de um chefe do Executivo assessorado por técnicos quando do exercício da gestão pública (MALAN, 2015, p.33-35).

É preciso compreender como este pensamento de Francisco Campos influenciou no tratamento estatal conferido ao exercício do poder punitivo, proteção das garantias individuais e como ele foi transmutado aos documentos normativos. Neste sentido, Malan (2015, p.43-44) indica que a marca mais evidente deste político no sistema penal brasileiro foi seu apreço incontestável por uma concepção muito autoritária de processo. Para ele, o processo deveria ser um instrumento de investigação da Verdade, cabendo ao magistrado buscar essa Verdade através de uma atuação sem limitações. O código processual penal deveria ter "claro apreço" por uma "maior energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem", ajustando-se a uma demanda por "maior eficiência".

Outra diretriz clara do aspecto político criminal da época seria a defesa do fim da "primazia dos interesses individuais sobre os da tutela social". Havia também uma luta contra o considerado "excessivo rigorismo formal" do processo que daria azo para uma série de nulidades processuais, bem como havia uma clara orientação no sentido de se limitar o uso do "*in dubio pro reo*[47]". Ainda que, explicitamente, Francisco Campos não tenha se dito fascista, a influência da ideologia é hialina em sua obra, inclusive a partir da referência expressa feita, no âmbito da exposição de motivos do Código processual penal, ao jurista italiano Alfredo Rocco, grande mentor da elaboração do *Codice di Procedura Penale* que serviu ao governo de Benito Mussolini (MALAN, 2015, p.45-46).

Inúmeros artigos do supracitado *digesto* permitem a invasão do julgador no campo da gestão probatória, tornando o sistema processual penal notoriamente inquisitório. Esta é uma orientação clara tomada pela legislação e pelo seu mentor. Malan (2015, p.47) aduz que Francisco Campos pugnava firmemente pela permissão de uma "franca oportunidade de obtenção de provas" o que, por consequência, permitia uma atuação do magistrado no sentido de formular perguntas que achasse convenientes para a obtenção da "Verdade real", bem como o rogava a possibilidade de usar o silêncio do interrogando como uma prova que serviria para sua condenação.

[47] A Exposição de motivos do Código Processual penal infere "Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*" (CAMPOS, 1941).

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos, em inúmeras passagens explicita a possibilidade de o juiz atuar ativamente na busca das provas, jarretando a sua imparcialidade ao julgar. No campo do texto dedicado às provas, há talvez a mais evidente explicitação deste cariz inquisitório. Nele, Campos (1941, p.4) indica que o Código de Processo Penal "atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença". Infirma que o juiz, apesar de dever estar adstrito às provas, não fica subordinados a nenhum critério apriorístico para que possa buscar, através delas, a verdade material.

Com isso, mais uma vez fica clara a orientação pelo fortalecimento de um juiz ativo na busca pelas provas, como apreende-se do excerto "sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade" (CAMPOS, 1941, p.4).

A legislação confere uma ampla atuação de ofício do juiz não apenas no campo probatório, mas também em outros âmbitos do processo, como por exemplo: o artigo 13, II que possibilita que o juiz requisite diligências à autoridade policial, mesmo sem ser provocado; decretação de ofício de medidas cautelares de coação patrimonial, conforme o artigo 127; a determinação de reexame necessário/obrigatório em decisões que eram favoráveis ao acusado, a partir da intelecção dos artigos 574 e 746. A redação original do Decreto-Lei chegou ao ponto de autorizar o julgador a ajuizar ação penal condenatória em duas situações: por conta da possibilidade de alterar os fatos imputados ao acusado (por conta de prova de circunstância elementar não contida na denúncia) ou expedindo portarias que dessem início a procedimentos sumários das contravenções penais. Todos os artigos supramencionados são do Código de Processo Penal de 1941 (MALAN, 2015, p.55-56).

Todas estas normas tem algo bastante em comum: revelam a concepção autoritária do Direito Processual, aqui considerado como instrumento de investigação da Verdade, em que o juiz possui uma atuação plenipotenciária sem (significativas) amarras. Este *digesto* estava encharcado das concepções políticas de seu artífice, quais sejam, implantação de uma centralização autoritária do poder e forte intervencionismo estatal em todos os campos da vida social. No microcosmo do processo penal brasileiro, isso se materializou nos poderes

conferidos ao juiz que deveria atuar energicamente reprimindo os que delinquem (MALAN, 2015, p.57).

É preciso ressaltar que este código de processo penal conviveu com um "subsistema processual penal de exceção" que foi criado a partir da lei nº 38/35 denominada de "Lei de Segurança Nacional", como já afirmado, muito utilizada pela ditadura para neutralizar inimigos políticos.

A competência para julgar os crimes dispostos na mencionada lei era da Justiça Federal, o que possibilitava um controle maior do governo sobre os julgamentos, dificultando que decisões fossem tomadas por Tribunais do Júri pudessem ser "contaminadas" pela influência política das oligarquias estaduais. Mesmo assim, posteriormente houve uma significativa mudança na competência de julgamento, pois logo no ano seguinte ao da lei foi criado um tribunal de exceção (ainda que isso fosse proibido pela constituição), o Tribunal de Segurança Nacional (MALAN, 2015, p.64).

Em relação as regras processuais, tinha-se entre as mais destacadas a possibilidade (que ocorria muitas vezes) do réu ser julgado *in absentia*, tendo em sua defesa apenas um curador indicado pela Ordem dos Advogados, bem como a do acusado ter sua própria presença dispensada pelo juiz. Outra regra que chama atenção é a limitação de testemunhas para a defesa (até cinco testemunhas) enquanto a acusação não possuía limite quantitativo (MALAN, 2015, p.65).

Em relação às testemunhas de defesa, elas deveriam estar no julgamento ainda que não fossem notificadas para tal ato, presumindo-se a desistência da prova caso elas não se apresentassem de forma espontânea. Em específicos casos (como no caso de o réu ter sido preso com arma na mão por ocasião de insurreição armada, como gizava o art.9º, §15 da lei de Segurança Nacional), não havia a presunção de inocência. Um aspecto que também causou muita controvérsia na lei de Segurança Nacional, foi a possibilidade (trazida no art. 10, parágrafo único) dos membros do Tribunal de Segurança Nacional julgarem por livre convicção, quer o processo tenha advindo de outros juízos, quer ele fosse originário do tribunal. Na prática, esta norma serviu para que os juízes dispensassem sem cerimônias as provas carreadas aos autos e julgassem baseados em seus próprios preconceitos e convicções de ordem pessoal/ideológica (MALAN, 2015, p.67).

Após o golpe que implantou o Estado Novo, as normas que regulamentavam este tribunal de exceção foram significativamente mudadas. Através da lei nº 88/37 o Tribunal de

Segurança Nacional ganhava outro *status*, sendo desvinculado da justiça militar, funcionando permanentemente enquanto primeira e segunda instância, ou seja, até mesmo em "tempos de paz" (D´ARAÚJO, 2006, p.8).

Após o golpe, algumas regras à atividade processual foram impostas, como por exemplo a previsão de reexame obrigatório da sentença que absolvia o réu (art.8º, parágrafo único), o julgamento sempre secreto, ampliação da inversão do ônus da prova (o apurado no inquérito considerava-se provado, enquanto não fosse elidido por prova em contrário), entre inúmeras outras regras que dotavam o juiz de enormes poderes instrutórios e prejudicavam demasiadamente a condição dos réus, o que consolida ainda mais a ideia de que o Tribunal de Segurança Nacional foi utilizado como instrumento de repressão contra os que eram considerados ameaças ao Estado Novo (MALAN, 2015, p.69-72).

Este subsistema de exceção, assim como o Código de processo penal e o código penal, não devem ser visualizados como diplomas estanques e isolados, mas como "vasos comunicantes", pois integravam a mesma estrutura autoritária de controle social. Tanto o código processual penal, quanto o código penal e a lei de segurança nacional, foram confeccionados por Francisco Campos, que deixou transparecer o seu ideário fascista e autoritário, estando completamente alinhados no âmbito da produção político-criminal brasileira da época. Com o fim do Estado Novo em 1945, foi extinto o Tribunal de Segurança Nacional (MALAN, 2015, p.76).

Há também de se fazer considerações acerca do Código Penal. Nele é possível visualizar facilmente o profundo distanciamento entre o que está disposto em seus regramentos e as conotações humanistas e democráticas da constituição federal de 1988. A aplicação dos princípios constitucionais está muito longe de ser efetiva e o direito penal positivo aplicado todos os dias nos fóruns criminais do país mostra-se alheio aos valores fundantes da atual *carta magna* brasileira.

O código penal brasileiro de 1940, ainda vigente, foi influenciado notoriamente pelo Código Penal italiano de conotação claramente fascista. O início da década de 40, no Brasil, foi demarcado pela incorporação da produção capitalista na sociedade brasileira. Neste documento normativo, há amostras claras de seu cunho ideológico e que correspondem a certo "tecnicismo jurídico autoritário" que tem por finalidade servir de instrumento de neutralização dos "indesejáveis" aos olhos do capital. O supracitado código reflete a

preocupação legislativa para com as classes dominantes e mais ricas. É nítida a elevação da importância que se confere aos crimes contra o patrimônio privado em detrimento de crimes contra a pessoa, por exemplo (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.63).

Torna-se relevante traçar comparações entre alguns delitos trazidos no código penal brasileiro. A título de exemplo, tem-se que o delito de lesão corporal grave[48] (art. 129, §1º do código penal) possui como sanção a reclusão de um a cinco anos e o crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas (art.155, §4º, IV do código penal) gera uma pena de reclusão que pode variar de dois a oito anos. Percebe-se, portanto, que se alguém, com a ajuda de outra pessoa, furte um objeto do interior de uma residência, ainda que não haja grave ameaça ou lesão de qualquer ordem à integridade física de qualquer pessoa, sua pena será maior do que daquele que gerou, conscientemente, uma lesão corporal grave em alguém.

Outra comparação que serve como exemplo é entre o crime de lesão corporal culposa (art. 129, §6º do código penal) que gera uma pena que varia entre dois meses a um ano, enquanto que o crime de receptação (art.180 do código penal) gera como sanção uma reclusão que pode variar de um a quatro anos. Assim, aquele que de forma imprudente manuseia uma arma de fogo e dispara projétil contra uma pessoa, fazendo com que ela perca permanentemente um membro do seu corpo, terá uma pena menor do que aquele que comprou um telemóvel que sabia ser produto de furto.

A legislação penal brasileira traz, em algumas de suas normas, uma opção clara ao "direito penal do autor" ao punir não condutas, mas personalidades. No código penal, o artigo 59 que se refere à dosimetria da pena, traz o direito penal do autor muito claro, na medida em que abre para o magistrado a chance dele considerar as circunstâncias e conduta social do imputado para fixar sua pena. Neste momento, a tendência é que o julgador utilize "estereótipos e preconceitos" para formular um juízo moral negativo do sujeito e aumentar a sua pena. Do mesmo digesto, também necessário fazer referência ao artigo 61 que impõe agravamento da sanção no caso de reincidência. Ora, este agravamento implica em *bis in idem*, pois há uma elevação da pena pela condição pessoal do delinquente e não pela sua conduta em si. Há mais quanto à reincidência: no processo penal, o indiciado pode ser preso

[48] Para a lesão corporal ser considerada grave, ela deve resultar em: incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função ou aceleração de parto.

preventivamente, ainda que a pena do crime cometido seja inferior a quatro anos, se for reincidente (FRAGOSO, 2015, p.362-363).

Como os crimes patrimoniais são, possivelmente, praticados pelos que não possuem patrimônio, há de se observar que a maior repressão atua contra uma determinada camada da população que ameaça o patrimônio privado daqueles que o tem. Esta "desproporção" entre as sanções tem uma função e, por certo, não existe por mero acaso. Esta realidade serve para a mantença do sistema capitalista de produção ao privilegiar os que possuem acesso aos bens de consumo. O sistema penal brasileiro é seletivo, dirigindo a certos grupos a dor infligida pelo poder punitivo e por vezes agindo mais contra pessoas do que contra ações (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.66).

Por fim, cabe tratar de importante lei penal extravagante, que serve para reforçar o exposto. A lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos) não traz em seu rol o homicídio, mas tão somente o roubo qualificado pela lesão corporal grave ou morte. Portanto, para o legislador que definiu quais delitos seriam caracterizados como "hediondos", a vida só é considerada valiosa se associada ao patrimônio.

Em relação ao percurso histórico da legislação brasileira e sua contextualização, sobretudo política, este período do Estado Novo é extremamente importante por ter sido o "pano de fundo" para a elaboração do código penal e código processual penal que vigoram até os dias atuais e, por isso, por opção metodológica, resolveu-se dar especial destaque a ele. Todavia, depois da ditadura varguista que se encerrou em 1945, houve uma outra ditadura no Brasil, de caráter civil-militar, surgida após o golpe de 1964. Dela tratar-se-á nas próximas linhas, ainda que de forma mais sintética, com a intenção de focar menos questões afetas à legislação e mais na questão da construção da mentalidade autoritária tipicamente brasileira.

No golpe de 1964, as oligarquias nacionais associaram-se aos militares para evitar que no Brasil, se espraia-se uma política semelhante à de Salvador Allende no Chile, marcada por uma conjugação entre democracia e socialismo, até então inovadora na América Latina. Por isso que se diz ser a ditatura "civil" além de militar. Durante seus mais de vinte anos, houve uma política econômica de alta concentração de renda, corrupção e aumento vertiginoso das desigualdades sociais. O capital privado financiava parte dos gastos com repressão e terrorismo de Estado, tendo vários membros das oligarquias ganhado importantes cargos governamentais (SAFATLE, 2018, p.51).

Do ponto de vista legislativo, não há como se deixar de falar do Ato Institucional nº5, norma que endureceu o regime de forma não antes vista, sobretudo a partir de determinações legais como: a possibilidade de o presidente da república decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores por ato complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República (art. 2º do Ato Institucional nº5); que o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição (art. 3º); que o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderia suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos, cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais e suspender a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10).

De forma direta e dura, Safatle (2018, p.51) afirma que o Brasil é uma forma de violência[49]. Ele nunca será compreendido se não for analisada a forma de violência que funda o seu Estado. O governo brasileiro é uma reprodução secular do governo do soberano que poderia decidir sobre a vida e a morte de qualquer um.

O Estado brasileiro "com uma mão" massacra uma parte de sua população através do seu poder punitivo (sobretudo a partir das forças policiais), encarcerando-a e introduzindo-a em um cenário de completo "não-direito" e no qual "a morte e a violência são invisíveis, não deixam rastros". Sobre esta violência, não haverá afeto, não haverá identificação, haverá tão somente a "invisibilidade". Com a "outra mão" o Estado brasileiro promete a uma parcela da população que está trancada em seus condomínios de luxo, que irá tratar da criminalidade de forma mais repressiva, corporificando uma guerra civil. O país, desde os primórdios de sua constituição como tal, sempre ganhou coesão a partir da designação não de um inimigo externo, mas sim, de um inimigo interno (SAFATLE, 2018, p.60).

É toda esta lógica que foi consolidada e teve sua forma mais "bem-acabada" na ditadura civil-militar iniciada com o golpe de 1964. A consolidação deste mesmo tipo de gestão, com o auxílio de um vasto aparato estatal, se quedou intocável mesmo passados mais de trinta anos do final desta ditadura. Este tipo de conduta governamental ainda está

[49] O que a presente tese está almejando fazer é justamente demarcar esses períodos de maior violência e intenso grau de autoritarismo que fundaram o Estado brasileiro e, por isso, reverberam ainda hoje.

presente mesmo após a "redemocratização" e a presença de governos tanto de "direita" quanto de "esquerda" do espectro político. Esta natureza do Estado brasileiro pairou e se estabeleceu diante de todas as mudanças político-eleitorais, fazendo com que a gestão fundada na invisibilidade e morte permanecesse (SATAFLE, 2018, p.60-61).

O fortalecimento desta mentalidade autoritária ganhou um impulso com o processo de "redemocratização" do país, por mais paradoxal que pareça. Enquanto outros países da América do Sul (que também tiveram governos ditatoriais, como a Argentina e o Chile), atuaram no sentido de fazer com que todos aqueles que cometeram brutais violências fossem punidos[50], o Brasil concretizou a "profecia da violência sem trauma aparente". A constituição de 1988 e a ideia de "redemocratização" tiveram como (altíssimo) preço a "necessidade" de se esquecer os "excessos" cometidos no passado. Foi criada a noção de que apenas o esquecimento dos traumas trazidos pelas violências estatais poderia trazer a estabilidade desejada para o fortalecimento da democracia do porvir. Dito isso, o Brasil foi o país que não puniu seus torturadores, permitiu que as forças armadas conservassem seus discursos e ideologias autoritárias, bem como integrou o núcleo civil do governo ditatorial ao "novo governo democrático". Essa clara falta de ruptura com o passado ditatorial faz com que ainda hoje, não raro, cidadãos brasileiros (com nítida inclinação fascista) tomem as ruas de grandes cidades do país clamando por intervenção militar e fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso nacional (SAFATLE, 2018, p.63-65).

A quantidade de encarcerados, a quantidade de presos provisórios, a quantidade de pessoas assassinadas pelas forças policiais, a quantidade de policiais mortos durante o exercício do trabalho, a grave situação carcerária do país, todos esses pontos (e haveria, por certo, inúmeros outros) servem para evidenciar que a mentalidade da ditadura venceu. O seu fim, enquanto regime político no país, não veio através de um acordo, mas de uma imposição de condições por parte das "forças democráticas" para fazer valer um sistema de conciliação política que engessou mudanças políticas significativas ao país (SAFATLE, 2018, p.65).

Esse sistema de "travas" à chegada de uma efetiva ruptura é marcado pela lei de anistia imposta aos militares, lei esta que foi aprovada através de votos de um único partido,

[50] A Argentina, através de uma ampla pressão realizada por sua sociedade civil, forçou o governo a anular todas as normas que impediam o Estado de punir os torturadores do regime militar. O país não teve receio de retomar processos contra seus militares, reconhecendo e nomeando os desaparecidos políticos e reescrevendo sua história. O Chile puniu com prisão perpétua o chefe da polícia secreta do seu regime ditatorial, teve seu ditador Augusto Pinochet preso em Londres, bem como obrigou que as forças armadas realizassem um *mea-culpa* por terem implementado uma ditadura militar (SAFATLE, 2019, l.114).

o que forneceu apoio ao governo (o placar final de sua aprovação foi de 206 a favor e 201 contra). Percebe-se que essa "conciliação" com o passado, que em tese visaria a chegada à democracia, foi conseguida através de uma votação apertada e da imposição de uma lei que livrou de punição todos os servidores públicos envolvidos com o terrorismo de Estado durante a ditadura civil-militar brasileira. É válido ressaltar que os dissidentes do governo ditatorial não foram albergados por esta lei, tendo permanecido presos por vários anos após a sua promulgação. Logo, aqueles envolvidos com os "crimes de sangue" foram punidos[51], enquanto que os participaram da violência estatal estiveram protegidos. A lei teve a intenção de não criar "ares revanchistas no país" e o legislador achou que a melhor maneira de fazer isso seria não julgar[52] judicialmente torturadores do regime ditatorial e inúmeros outros envolvidos com a violência estatal. A lei de Anistia, enquanto fundamento normativo, acompanha os brasileiros até hoje (SAFATLE, 2018, p.68).

1.11 A Democracia e suas tensões: a escolha constitucional brasileira

Foi o Estado democrático de Direito a escolha da constituição brasileira de 1988[53], conforme deixa explícito o primeiro artigo da "carta cidadã"[54]. É denominada de "constituição dirigente" por definir normativamente quais são as diretrizes e os fins da sociedade brasileira. O caráter democrático do Estado brasileiro delineado pela Constituição de 1988 é sua principal característica distintiva e, sendo a escolha da assembleia constituinte brasileira, torna-se imperioso tratar sobre a democracia.

Portanto, nos tópicos que seguem, se fará um percurso por entre a opção geral da constituição brasileira, qual seja, a escolha por uma sociedade democrática e, após examinar parte de suas tensões e dificuldades, analisar-se-á a democracia representativa, que é a exercitada no Estado brasileiro.

---

[51] Para Safatle (2019, l.146) não há como se comparar a violência estatal com a contraviolência. Para o filósofo brasileiro, os cidadãos que se empenharam na luta armada contra o regime ditatorial nada mais que fizeram do que exercer um direito elementar: o de levantar armas contra um Estado ilegal, fundado na pura usurpação do poder através de um golpe de Estado e pautado pelo uso contínuo de intensa violência social. Antes de 1964, a esquerda política brasileira não realizava a luta armada, mas passou a fazê-la como recusa ao regime (im)posto.

[52] O mais "curioso" (e também trágico) é notar que a lei de Anistia, em seu artigo 1º, §2º excetua da anistia os delitos de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, que são reputados a inúmeros agentes estatais na época da ditadura. Logo, esta lei, em verdade, não deveria significar uma liberação total dos militares em relação aos crimes cometidos na época, como acabou significando.

[53] Uma diferenciação que pode parecer simples, mas guarda forte carga simbólica, é a diferença notada por Silva (2009, p.119) no que se refere às Constituições portuguesa e brasileira: na primeira, o adjetivo "democrático" qualifica o Direito, enquanto na segunda, ele qualifica o Estado.

[54] Art. 1ª, *caput*, da Constituição federal brasileira de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)".

Primacialmente, se tem que a democracia é a "ideologia" dos tempos atuais. Mas esse fato não decorre por conta do fortalecimento das convicções das populações existentes pelo mundo, mas sim, porque, diferentemente de outrora, não se elaborou outra concepção que fosse aceita/desejada suficientemente para convencer, vigorosamente, os países. Assim, pode-se considerar que ela é quase que uma "unanimidade" principalmente porque não existem alternativas a ela que sejam "atrativas" (ZAGREBELSKY, 2012, p.36). Para Casara (2017, p.32), após o fim da Guerra Fria, não há mais a necessidade de se fazer a publicidade da democracia como sendo "o melhor caminho a ser seguido".

O que vai dividir as pessoas (ao menos em sua maioria[55]) são concepções de democracia. E enquanto existir cizânia em relação a essas concepções, pode-se afirmar que o conceito está permanentemente ameaçado/enfraquecido (ZAGREBELSKY, 2012, p.36).

Ainda que Giddens (2007, p.79) afirme que atualmente "todos são democratas", tendo a democracia se desenvolvido "plenamente" no ocidente a partir do século XX, não há de se acreditar, diante do exposto, que os sentimentos antidemocráticos não existam. Muito pelo contrário! Jacques Rancière (2014, p.10) sustenta que as novas versões dos pensamentos antidemocráticos são ainda mais perturbadoras do que as antigas.

O autor francês afirma que os que se opõe à democracia veem como uma negatividade o respeito ao princípio da igualdade e da pluralidade, enquanto classificam como algo extremamente positivo a cooptação, por parte do Estado, de cidadãos apáticos para serem usados em guerras "em defesa dos valores da civilização" (RANCIÈRE, 2014, p.10).

A pergunta que se impõe, portanto, é se realmente a democracia é a melhor escolha para a sociedade contemporânea. Dahl (2009, p.57-63) elenca alguns benefícios que o regime democrático traria à população, entre os quais, destacar-se-á três deles: o fato de que a democracia evita que autocratas/ditadores governem, uma vez que, em regra, os tiranos governam trazendo "altos custos humanos"; a proteção e defesa de direitos fundamentais[56], por ser a democracia um sistema de direitos[57] e ser da essência dos regimes autoritários impedirem o exercício dos direitos políticos da população; possibilitar o

[55] Diz-se maioria porque se observa, com temor, um aumento significativo de pessoas que perderam qualquer constrangimento (de qualquer natureza) de se afirmarem publicamente como fascistas, nazistas, homofóbicas, xenófobas, etc.

[56] Robert Dahl (2009, p.62) afirma que um grande indício de fragilização da democracia é quando grande parte da população não entende que o regime democrático requer o respeito a certos direitos fundamentais.

[57] Para Casara (2018, p.146) "construir um modelo comprometido com os direitos fundamentais e o respeito às diferenças passa pelo abandono de ideias simplistas (como as baseadas no slogan "lei e ordem)".

exercício proteção dos interesses individuais pela própria população através da inclusão, uma vez que em um ambiente excludente, estes direitos estariam propícios a serem danificados pela negligência de terceiros e dificilmente se teria um ambiente pacífico quando da tomada de decisões relevantes ao grupo.

Segundo Touraine (1994, p.64) a democracia não significa o poder do povo (ideia que pode legitimar regimes totalitários[58]), mas sim, representa uma lógica de poder que vai da sociedade civil para o sistema político e do sistema político para o Estado, portanto, "de baixo para cima", mantendo a autonomia de cada esfera. A democracia seria esta mediação institucional. Seria esta própria separação do Estado, da sociedade civil e da sociedade política que possibilitaria o desenvolvimento democrático (TOURAINE, 1994, p.66).

Para Eisenstadt (2000, p.11) a concepção constitucional da democracia evidencia uma inclinação a esta autonomia entre sociedade civil e o Estado. Em lado oposto, revela a concepção participativa da democracia uma tendência a identificar uma confusão entre a sociedade civil e o Estado.

O sistema político, *locus* em que está situada a democracia, deve corresponder, como dito, ao elo que une o Estado e a sociedade civil. Se esse elo se inclina demasiadamente ao Estado, ele será considerado autoritário (tanto em sua forma militar/repressiva, quanto na sua forma burocrática). Se ele se inclina à sociedade civil, será democrático, todavia se ele pender demais a nesta direção, o elo se desconecta do Estado, gerando um cenário não democrático (TOURAINE, 1994, p.93).

A democracia não existe onde não há eleições livres (em que os indivíduos possam escolher seus governantes) e nem pluralismo político[59]. É por esta razão que não há democracia se os eleitores só dispõem, como opções de voto, de alguns fragmentos da oligarquia, do exército ou de aparelhos do Estado (TOURAINE, 1994, p.15).

Reduzir o número de candidatos é uma poderosa arma de manutenção de decisões indesejáveis para a maior parte da população. Além disso, no que tange especificamente à

[58] O regime totalitário pode ser definido a partir de cinco características primordiais, são elas: monopólio da atividade política nas mãos de um único partido; a ideologia do partido se torna um verdade oficial de Estado; O Estado é o possuidor dos meios de força e persuasão; a esmagadora maioria das atividades econômicas e profissionais está ligada ao Estado e sua verdade oficial; o erro econômico ou profissional é considerado um erro ideológico e, por isso, deve ser punido com o terror policial e ideológico (TOURAINE, 1994, p.140). O totalitarismo, ainda de acordo com as lições do autor francês, pode ser objetivo, se o ideário autoritário não penetrou profundamente nas personalidades dos cidadãos, o que está claro nos países europeus que fizeram, rapidamente, desaparecer as referências ao seu governo autoritário anterior, ou pode ser subjetivo, este marcado por um alto grau de profundidade na impregnação do ideário totalitário nas mentes e almas dos indivíduos, o que constitui uma ameaça constante dada às possibilidades de ressurgimentos e arroubos autoritários (TOURAINE, 1994, p.147).

[59] Para Touraine (1994, p.63) os partidos políticos não devem, como em tempos passados, se equivaler diretamente a determinados grupos da sociedade. Eles devem representar (ou deveriam) projetos de vida coletiva.

pluralidade do sistema político, a mobilização do eleitorado é mais relevante quanto maior for a diversidade dos temas afetos à sociedade e, consequentemente, a heterogeneidade dos grupos de interesse institucionalizados (SANTOS, 2017, l.770-838).

Sobre a evolução histórica do conceito de Democracia, observa-se que há dois séculos havia poucos exemplos de regimes democráticos para se fazer referência. Ela era mais um assunto a ser debatido pelos intelectuais do que uma prática política concreta. Nas sociedades em que se havia a formação embrionária de um regime democrático, muitos indivíduos eram excluídos do processo político (DAHL, 2009, p.11).

Tem-se que seria equivocado afirmar que a democracia tem uma expansão contínua e regular nos últimos duzentos anos de história. Também seria inadequado afirmar que ela foi "criada de uma só vez" (DAHL, 2009, p.15-16). A democracia se fortalece com a difusão de noções e práticas essencialmente democráticas, sendo a mais relevante delas a expansão da "lógica de igualdade". Tanto em Roma quanto na Grécia, por volta do ano 500 A.C (foram os gregos que criaram a palavra *demokratia)*, surgem as primeiras formas de um governo que conta com a participação popular, ainda que esta participação não fosse possível a todos (DAHL, 2009, p.21).

Diante da necessidade de se traçar um conceito de "democracia" a ser aqui utilizado e seguido, tem-se que para Ferrajoli (2002, p.757) a democracia consiste no regime político que "consente com o desenvolvimento pacífico dos conflitos e, por meio destes, a transformações sociais e institucionais. Legitimando e valorizando igualmente todos os pontos de vista externos e as dinâmicas sociais que os exprimem, ela legitima a mudança por meio do dissenso (...)".

Na difícil tarefa de definir o que é democracia, Streck e Bolzan (2014, p.86) afirmam ser um conjunto de regras que "estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Ou seja, a democracia significa, nesta perspectiva, a montagem de um arcabouço de normas que definem antecipadamente os atores e a forma do jogo (...)".

A democracia, considerada enquanto um "conceito ideal" tem que gerar a possibilidade do exercício de cinco critérios fundamentais[60]: a participação efetiva, que abre espaço para que todos possam manifestar seu posicionamento pessoal e opinar sobre os

[60] Conforme a intelecção de Dahl (2009, p.49), estes critérios são fundamentais, pois uma vez que qualquer um deles seja excluído, os membros de determinada sociedade deixam de ser politicamente iguais.

rumos tomados pela comunidade; a igualdade de votos, em que cada cidadão tem que poder exercitar seu direito ao voto, com todos eles possuindo o mesmo valor; a informação esclarecida, que permite a todos da comunidade, igualmente, tomar conhecimento das políticas e suas consequências; controle da agenda, que permite à comunidade decidir o que vai ser pautado dentre as discussões políticas, ou seja, as políticas sempre serão debatidas conforme o interesse dos indivíduos; por fim, tem-se a inclusão dos adultos, critério que obriga a ser permitido a todos os adultos gozarem dos quatro direitos/critérios anteriormente trazidos (DAHL, 2009, p.47-48).

A democracia é seletiva e limitada. Nela, o povo deteria o poder (compreendido como possibilidade de elaboração e aplicação das leis), contudo, dentro deste conceito de "povo" só estaria um estreito grupo de privilegiados. A esmagadora maioria das pessoas é excluída dos processos políticos, não apenas no que concerne às suas práticas, mas também ao seu próprio conteúdo (BAUMAN, 2007, p.69).

Independentemente de como são chamados pela historiografia, a realidade é que tanto na Grécia quanto em Roma, o governo não guardava feições com a ideia atual/moderna que se tem de um governo essencialmente representativo (DAHL, 2009, p.25), uma vez que nestes locais, a democracia era direta. Com o passar dos anos, surgiu no norte da Europa e pelas mãos dos Vikings, uma forma de democracia simples e que combinava a participação política tanto de homens livres quanto de nobres na mesma assembleia administrativa. Este povo manuseava a lógica de igualdade sem partir de concepções formuladas anteriormente pelos gregos e romanos. Os escandinavos chamavam as suas assembleias populares de *Tings*[61]. Elas foram regularmente realizadas entre os séculos VII ao XII e nelas os homens livres aprovavam e rejeitavam leis, resolviam cizânias e até elegiam o Rei, que deveria jurar fidelidade às decisões da assembleia (DAHL, 2009, p.26).

É necessário esclarecer que os Vikings também estavam inseridos em uma cultura escravocrata, tinham um Rei e que apenas os homens livres (de diferentes condições econômicas) participavam das assembleias administrativas. Todavia, a classe dos homens livres era tão grande, que suas práticas conseguiram impor, no âmbito social, uma tradição democrática (DAHL, 2009, p.27).

O desenvolvimento da democracia genuína, de acordo com Dahl (2009, p.31) possuiu (e ainda possui!), ao longo de sua evolução histórica, três grandes entraves: a desigualdade

[61] Que, curiosamente, é a origem da palavra inglesa "thing".

entre os indivíduos; a mitigação dos poderes atribuídos às assembleias populares que, apesar de serem relevantes, não "faziam páreo" ao poder dos monarcas; o fato de que os representantes do povo não representam o povo em sua pluralidade.

A partir da exposição dos obstáculos acima, lícito se torna, desde já, trazer a formulação de uma democracia "ideal" trazida por Touraine (1994, p.240), que seria marcada pelo combate ao poder absoluto (seja ele da religião de Estado ou das ditaduras) e que o diálogo entre cidadãos tão diversos no interior da sociedade não se funde somente na racionalidade inerente a todos os seres humanos, mas sim, no esforço coletivo que garanta a liberdade de cada um, individualmente e entre todos, coletivamente.

O desmantelamento da rede de proteção social fez aumentar os índices de criminalidade. Neste sentido, afirma Bauman (2007, p.73) "a desintegração da solidariedade significou o fim da maneira sólido-moderna de administrar o medo". Os medos modernos nascem neste período de desregulação. Uma vez rompidos os laços da solidariedade, os cidadãos são lançados a sua própria sorte com seus recursos inadequados. A solidariedade foi transmutada em voraz competição (BAUMAN, 2007, p.74).

Na mesma toada, Santos (2017, l.2094-2097) sustenta que a substituição do Estado do Bem-estar para uma sociedade capitalista fanática pela acumulação de riquezas impede que as classes mais empobrecidas (economicamente) da população não possua segurança alguma nem quanto ao seu presente e nem quanto ao seu futuro.

Vive-se em uma sociedade em que um diminuto número de pessoas acredita que mudar a vida do outro guarde alguma importância para sua. Vive-se atualmente em uma sociedade em que todos são lançados à própria sorte (BAUMAN, 2007, p.30). A resistência às tentações exercidas pelo mercado só pode ocorrer apoiada em "uma pertença cultural e social" que estejam atreladas às noções de soberania do povo e de que a ordem política é fruto da ação humana (TOURAINE, 1994, p.32).

Todavia, para certos grupos, a democracia tem um significado muito desalinhado com o que aqui se pretende afirmar. Há quem defenda a realização de guerras para que se promova a "expansão da democracia pelo globo terrestre" e, nesses casos, há a evidenciação de um contrassenso que o termo parece gerar nos dias de hoje, que é o de se considerar dois adversários primordiais da democracia: o primeiro seria as formas de governos tirânicos e ditatoriais. O segundo seria "o excesso de vida democrática" que geraria ou uma intensa participação popular quando da resolução das coisas públicas (o que

não poderia ser bom); ou fazer com que os cidadãos se interessassem menos pelas questões políticas e direcionassem o máximo de suas energias para a própria satisfação individual, o que também não parece desejável, afinal, esses excessos a levariam às ruínas (RANCIÈRE, 2014, p.16-17).

Para Giddens (2007, p.81-82), o paradoxo da democracia consiste no fato de que, ainda que seja "o melhor sistema" e tenha se espalhado pelo mundo, nas democracias mais maduras há um aumento considerável da desilusão dos cidadãos em relação aos processos democráticos, fazendo com que passem a não se interessar por assuntos envolvendo política e até mesmo abstendo-se de participar das eleições. Todavia, o autor britânico opina afirmando que as pessoas perderam as esperanças em relação aos processos democráticos ortodoxos e não nos processos democráticos em geral.

Se o processo eleitoral e as eleições em si são tão relevantes, qual seria a razão de um número tão alto de abstenção[62]? Para Santos (2017, l.1839-1842) a resposta pode parecer simples. Vota quem, de alguma forma, é beneficiário da pauta dos legisladores e, por isso, está muito atento às questões políticas. Assim, votam aqueles que tem maior consciência das consequências que seus votos terão.

Na intelecção de Casara (2017, p.30) a política é demonizada, com todos os seus aspectos positivos e negativos. Ela é substituída pela "gestão", que por sua vez apenas apresentada a partir de suas positividades. Vale lembrar que, nesta mudança, a eficiência é o conceito mais emblemático, sendo as promessas dirigidas à cidadãos reduzidos a simples consumidores. O mesmo autor afirma que o principal efeito deletério deste desinteresse pela política é a falta de protestos/sindicâncias contra os atos governamentais que trazem como consequência direta a diminuição de direitos da população (2017, p.33).

Na história, não foram poucas as vezes que a população elegeu seus próprios algozes. E o que faria isso ocorrer? há duas possibilidades: a promessa e execução de uma política punitiva bem sucedida ("um teatro de crueldade") e a ocorrência da "amnésia social", em que no intervalo entre as eleições, os eleitores se esquecem em quem votaram e, assim, não controlam os atos de seus representantes. Portanto, a população atingida por atos do governo que importam diminuição de seus direitos não sabe quem lhes atingiu e nem buscam, concretamente, saber quem são, porque perdem, rapidamente, a vontade de

[62] No Brasil, país em que o voto é obrigatório, nas eleições presidenciais de 2018, a porcentagem de eleitores que se abstiveram de votar no segundo turno do pleito atingiu 21,3% do número total de eleitores aptos a votarem.

descobrirem. Assim, o povo apenas ignora e obedece, passivamente, o que (e quem) lhe prejudica (MACEDO, 2011, p.8-9).

O regime democrático, analisado abstratamente, não deve se prestar a servir nem à sociedade e nem aos indivíduos, mas sim, encarar os cidadãos como verdadeiros "sujeitos de direitos" que possam ter a liberdade para escrever o seu próprio destino tanto individualmente quanto coletivamente (TOURAINE, 1994, p.33).

Os autores Livestsky e Ziblatt (2018, p.105-107) chamam atenção para duas regras que consideram "informais" para a consolidação das democracias: a tolerância mútua[63] e a reserva institucional. A primeira se aproxima a uma ideia que adversários políticos devem respeitar as regras do jogo e reconhecerem os seus direitos de coexistirem. Logo, implica em "concordarem em discordar". A segunda se relaciona com a obrigatoriedade de se respeitar as leis não meramente em seus aspectos formais e sim, também, respeitar o "seu espírito". Ainda que certas ações sejam legais do ponto de vista formal, é inegável que elas podem colocar em risco o sistema existente. Assim, para além do respeito estrito ao explicitado e formalizado nas Constituições, os autores chamam atenção para regras que não estão lá explícitas, mas que, mesmo "informais", são cruciais.

A tolerância mútua e a reserva institucional possuem forte ligação e, certas vezes, reforçam-se mutuamente. Os políticos, de forma geral, tendem a ser mais moderados quando passam a aceitar seus rivais políticos como rivais legítimos e não como adversários subversivos. À medida que decresce a tolerância, mais tentados ficam os políticos a vencerem as eleições a qualquer custo, ainda que isso signifique desrespeitar a reserva institucional. Quando isso ocorre, por certo, a democracia está extremamente ameaçada (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.112-116).

Só podemos trabalhar o fortalecimento da democracia se realmente acreditarmos na possibilidade concreta da igualdade política. A igualdade que se almeja no interior de uma democracia deve denotar o direito que cada indivíduo tem de governar a sua própria existência, da forma como quiser, opondo-se às pressões que são impostas pelo desejo de "normalização" (TOURAINE, 1994, p.25).

A democracia existe quando o cidadão se enxerga inserido em um ambiente legitimado pelas leis e pelas instituições políticas que o resguardam do poder supremo

[63] Esta é uma característica que os governos fascistas, habitualmente, insistem em tentar destruir. O respeito e a tolerância, nestes casos, são substituídos pela confiança cega acerca do que diz o "líder da nação" (STANLEY, 2018, p.48).

estatal. Neste regime, não deve haver a figura do poder absoluto do soberano, pois este poder deve ser controlado pelo povo (TOURAINE, 1994, p.41-42).

Ainda que uma marca fundamental dos regimes democráticos seja a limitação do poder, há de se ressaltar que esta limitação não pode derivar dos costumes/culturas locais, nem do próprio poder das oligarquias locais[64]. Há de se fomentar a liberdade individual de cada um para que a essência democrática surja. Os direitos fundamentais e as garantias individuais é que devem servir de barreiras de proteção contra o poder desmesurado do Estado, que é o poder mais forte quando comparado com a "debilidade individual" de cada um (TOURAINE, 1994, p.51). Nada é mais importante para a democracia do que o respeito aos direitos fundamentais e a consequente proteção dada aos cidadãos pelas garantias individuais, em relação ao arbítrio estatal.

A igualdade na participação e representação política é relevante na medida em que, se certos grupos não as possuírem, inevitavelmente não terão seus interesses defendidos e serão alvos preferenciais para a exploração dos grupos que tem esta participação e representação (DAHL, 2009, p.91).

Obedecendo esta premissa, Bauman (2007, p.71-72) afirma que se não conseguem exercer seus direitos sociais, os mais pobres também não conseguem exercer os direitos políticos que possuem (apenas formalmente). Sem uma estrutura estatal que garanta aos mais necessitados uma consolidada rede de proteção social, estas pessoas não possuem formas de se engajar politicamente e nem de participar das eleições. Com isso, tem-se que para fazer surgir os direitos sociais, precisa-se dos direitos políticos. Por outro lado, os direitos sociais são pilares fundamentais para manterem os direitos políticos sendo operacionalizados. Um depende do outro e necessitam serem exercidos de forma simultânea e conjunta.

Como o princípio da igualdade é essencial para a democracia, é preciso ter em mente que os direitos e o bem de cada indivíduo é igual ao de qualquer outro. Ao tomar decisões políticas, o Estado precisa dar atenção ao bem de todos. A isso, Robert Dahl chama de "igualdade intrínseca": a adoção do bem de cada indivíduo como sendo intrinsecamente igual ao de todos os outros (DAHL, 2009, p.94).

[64] Para Schwarcz (2019, l.734-735) são as oligarquias que minam o desenvolvimento, aperfeiçoando e reforçando os piores traços da política.

Nesse ponto que toca à igualdade, Rancière (2014, p.30-31) faz uma relevante aproximação entre o "homem democrático" e o "homem egoísta" da teoria marxista. O autor francês parte da ideia que a burguesia fez com que o homem se preocupasse com uma igualdade: a do comércio, a que permite a exploração brutal dos trabalhadores. Compreendida desta forma a igualdade, o que se quer, genuinamente, é atribuir a uma sociedade tipicamente individualista de massa a conotação de "sociedade democrática", mas que considera como iguais questões completamente diferentes, como por exemplo, as lutas sindicais, os direitos das minorias e questões afetas ao consumo. Para Touraine (1994, p.16) a noção de cidadania se fragiliza na medida em que os indivíduos se identificam menos como cidadãos e mais como consumidores[65].

Quando um país se transmuta de não democrático para democrático, a tendência é que ele evolua a um estágio de consolidação de suas instituições democráticas, que se evidencia a partir das seguintes noções: os governantes eleitos são os responsáveis por tomarem as decisões governamentais acerca das políticas públicas; os governantes eleitos são escolhidos através de eleições justas e livres; a imensa maioria dos adultos tem o direito de votar nestas eleições; a maioria dos adultos também tem o direito de se candidatar a cargos públicos nestas eleições; os cidadãos possuem liberdade de expressão, podendo, inclusive, criticar os políticos e condutas do governo; Estes cidadãos devem possuir acesso a fontes alternativas de informação, já que elas não devem ficar restritas às fontes monopolizadas pelo governo e, por fim, eles devem ter o direito de associação plenamente protegido (DAHL, 2012, p.369).

Uma vez respeitados todos estes pontos, tem-se o regime "poliárquico". A poliarquia significa o governo de muitos[66], o que difere decisivamente do governo de um (monarquia) e o governo de poucos (oligarquia ou aristocracia). Seu conceito pode ser, sinteticamente, definido como o sistema de governo que respeite as instituições democráticas supracitadas (DAHL, 2009, p.106). Nesta toada, afirma Touraine (1994, p.74) que "a luta democrática mais eficaz é aquela que se opõe ao facto de possuírem a riqueza aqueles que também possuem

[65] Neste sentido, os interesses mercantis se utilizam de vários mecanismos para gerir a vida da população desnorteada e impedida de pensar e se organizar em torno do coletivo. Entre estes mecanismos, está o estímulo ao consumo exacerbado que é uma forma de se gerir a vida frustrada e sem sentido de fatia significativa da população. Se explora as necessidades emocionais individuais para mantê-las alheias às emoções e necessidades dos outros (MACEDO, 2011, p.42).

[66] Observa-se uma aproximação entre o conceito de Dahl com a alternativa dada por Giddens (2007, p.85) que por ele é denominada de "aprofundamento da democracia" ou "democratização da democracia", em que defende firmemente a efetiva descentralização do poder.

o poder". Ou seja, a democracia está, em essência, nas sociedades não oligárquicas ou aristocráticas.

Percebe-se que o regime poliárquico é significativamente diferente da denominada democracia representativa com seus sufrágios restritos, como as do século XIX e ainda mais diferente das democracias mais antigas, por não terem, para se ficar apenas em um exemplo, os cidadãos a possibilidade de se associaram e formarem um partido político que pudesse opor-se aos governantes (DAHL, 2009, p.106).

E quais são as condições que são necessárias para a consolidação da poliarquia em um país? Ora, a resposta não é simples e nenhuma condição, por si só, explica a existência ou não do surgimento de uma poliarquia em dada nação. Mas, se todas as condições que aqui serão tratadas forem observadas em dado território, a poliarquia estará quase garantida. O contrário também é verdadeiro: se as condições estão ausentes, a poliarquia está muito ameaçada (DAHL, 2012, p.391).

É extremamente provável que um país desenvolva e mantenha uma poliarquia se os meios de coerção estatais sejam neutralizados e isso se daria a partir da consecução de duas premissas: que se as organizações militares e policiais existirem, que estejam sujeitas ao controle civil; que os civis que controlam tanto os militares quanto as polícias devem estar completamente submetidos aos processos democráticos (DAHL, 2012, p.384). A falência deste controle civil contribuiu decisivamente para que muitos países fossem mergulhados em regimes não democráticos.

Também é extremamente provável o surgimento e gradual fortalecimento da poliarquia em países que possuam uma sociedade dinâmica e pluralista. E quais são as características das sociedades que podem ser assim chamadas? Basicamente, se poderia apontar o nível elevado de desenvolvimento e riqueza *per capita*, o alto nível de urbanização, grande parte da população alfabetizada e que possa frequentar instituições de ensino superior e, por fim, que tenha elevados indicadores de bem-estar social (DAHL, 2012, p.395-396).

Percebe-se que a resposta anterior nos leva, indelevelmente, a uma terceira pergunta: e como essas características todas favoreceriam a poliarquia? De forma sucinta, pode-se dizer que favorecem a partir de duas condições primordiais que se reforçam entre si. São elas o cenário propício à pulverização do poder, da autoridade e da influência, para além de poucos centros e organizações; o cenário proporcionaria um "caldo de cultura"

favorável às práticas democráticas, pois a autonomia dos atores sociais os faria resistir mais vigorosamente diante do poder unilateral (DAHL, 2012, p.395-396).

Além das duas condições supramencionadas (que foram as respostas da primeira pergunta feita), se pode mencionar mais duas: o país não estar sujeito à intervenção de uma potência estrangeira hostil à poliarquia e que esta sociedade possua um grupo de ativistas que seja, genuinamente, apoiador das instituições que sustentam a forma de regime (DAHL, 2012, p.419).

Já tendo se tratado a democracia constitucional enquanto opção geral do constituinte brasileiro, cumpre-se falar, nas linhas a seguir, da democracia representativa, que se tornou um recurso utilizado em virtude das grandes limitações dos mecanismos da democracia direta[67] e semidireta (o que não significa que os mecanismos da democracia representativa também não as tenham) e que também foi uma opção adotada pela Constituição brasileira de 1988. Na democracia representativa, a população, em geral, concede mandato a alguns poucos cidadãos, os investindo da condição de seus "representantes" e lhes conferindo a função de atuar em seus nomes, externando assim o que seria a "vontade popular". A ideia que se tem é que, com os representantes do povo tomando as decisões políticas, o próprio povo estaria no poder (DALLARI, 2016, p.156).

Os representantes do povo, escolhidos mediante eleições regulares (os mandatos políticos tem prazo pré-fixado), apesar de serem eleitos por apenas uma parte dos votantes, devem atuar em prol da população em geral, tomando suas decisões em nome de todos os cidadãos situados em sua circunscrição. É importante salientar que estes mandatários do poder do povo, não obstante decidir em seu nome, são independentes e autônomos, não precisando de ratificação popular para decidirem da forma que lhes convier (DALLARI, 2016, p.159).

Uma questão relevante para o bom funcionamento da democracia diz respeito à quantidade de pessoas que estão sob a sua influência. Quanto mais pessoas, maior será, supostamente, o poder do governo em resolver questões relevantes para a sociedade, mas

[67] No que se refere a esta necessidade de delegação, Bobbio (1986, p.52) torna clara a impossibilidade da existência de uma democracia direta manifestada pelos mecanismos do *referendum* e das assembleias populares (não se poderia funcionar com um ao invés do outro e muito menos com os dois simultaneamente) em uma sociedade extremamente complexa como a atual. Em compensação, Anthony Giddens (2007, p.86) sustenta que os cidadãos da atualidade deveriam estar mais suscetíveis a experimentar formas alternativas de procedimentos democráticos, principalmente quando eles fossem decidir questões mais próximas da vida quotidiana das pessoas. O autor sugere, como exemplo, o uso de referendos eletrônicos e júris populares.

ao mesmo tempo, maior a necessidade de os cidadãos delegarem suas vontades aos seus representantes. Há uma relação inversamente proporcional entre a eficácia e a participação dos indivíduos (DAHL, 2009, p.127).

Na lição de Eisenstadt (2000, p.74) é extremamente relevante para a manutenção e reprodução de regimes democráticos o desenvolvimento do acesso de vários grupos ao cenário político, não a partir de uma concepção puramente formal, mas em termos de uma participação efetiva na política central ou influência nela.

Um regime democrático se diferenciaria, fundamentalmente, de um regime não democrático pelo "simples" fato de que no primeiro os cidadãos poderiam trocar seus representantes sem que fosse necessário derramamento de sangue. As "regras do jogo democrático", como regras próprias de convivência, possibilitaram pela primeira vez na história, um cenário em que os conflitos poderiam ser resolvidos sem a necessidade de se recorrer à violência (BOBBIO, 1986, p.38).

Em uma crítica aos pressupostos e noções basilares da democracia representativa, defende Rancière (2014, p.69) que ela não foi concebida como uma forma de sistema apta a territórios vastos e populosos, bem como não deve ser observada enquanto uma forma de democracia moldada para as "sociedades modernas". Em verdade e de pleno direito, a democracia representativa seria uma forma oligárquica, pois uma "minoria que tem títulos" se ocuparia dos negócios comuns a todos. Prosseguindo na sua crítica, o autor francês afirma que as eleições também não seriam a forma mais democrática pela qual o povo poderia fazer ser escutada a sua voz e o sufrágio universal, ao contrário do que poderia se pensar, não é uma consequência natural da democracia (RANCIÈRE, 2014, p.71).

Para Touraine (1994, p.20-21), o povo já não deve mais se conformar com a democracia representativa ou de deliberação. Ele sente a necessidade de ter uma democracia da libertação. A ação democrática tem como finalidade precípua libertar os cidadãos dos constrangimentos que repousam sobre eles. Para o autor francês, o "espírito democrático" deve atender a duas questões aparentemente conflituosas: limitar o poder e responder às pretensões da maioria. O mesmo autor francês aduz que o poder do povo denota a capacidade dos indivíduos, livremente, construírem suas vidas ligando "o que se é ao que se quer ser, não cedendo ao poder como forma de defender sua liberdade e sua herança cultural" (TOURAINE, 1994, p.23).

Ainda acerca do sistema representativo, Rancière (2014, p.92) elenca algumas características que ele reputa ser "o mínimo necessário" para seja considerado democrático, entre elas: mandatos curtos não acumuláveis ou renováveis; que as campanhas eleitorais gastem o mínimo de dinheiro possível; que haja controle da participação das elites econômicas nos pleitos; e que a elaboração das leis seja de monopólio dos representantes do povo. Mas, ao contrário, atualmente chama-se de democracia um regime diverso que permite políticos eleitos "eternamente"[68], políticos que alternam funções estaduais, municipais ou ministeriais por longos períodos, partidos financiados por fraudes de contratos públicos, etc. É por conta da presença destas nefastas características que o autor francês afirma não vivermos em democracias, mas sim, em Estados de Direito oligárquicos (RANCIÈRE, 2014, p.94).

Apesar da possibilidade, em tese, de resolver questões políticas mais espinhosas, várias questões pertinentes à democracia representativa lhe são inteiramente desagradáveis. E uma destas questões é justamente saber que, individualmente, cada cidadão delega a seu representante um poder muito grande para decidir questões relevantes para o funcionamento do país/Estado/município como um todo. E, de certa forma, delegam não só para os candidatos em que votaram, mas para todo o aparato administrativo: juízes, burocratas, até chegar às organizações internacionais (DAHL, 2009, p.130-131).

Não há propriamente democracia representativa se as pessoas não puderem, livremente, dar sentido próprio às suas ações[69]. Ações essas que devem ser pertinentes aos seus próprios interesses e não aos interesses/sentidos advindos de uma determinação dos dirigentes que comandam os partidos políticos (TOURAINE, 1994, p.82).

E há uma explicação para isso: observa-se na atualidade uma forma de corrupção muito perniciosa aos fins verdadeiramente democráticos, que é aquela desempenhada pelos partidos políticos que passam a captar recursos financeiros de diversas outras fontes que não as contribuições voluntárias de seus membros filiados. Na medida em que estas contribuições voluntárias perdem importância para os partidos, aumenta muito a possibilidade de que estas instituições atuem a despeito da vontade de seus membros,

[68] No Brasil, não está fixado limite para a quantidade de legislaturas que os deputados federais, deputados estaduais ou vereadores podem possuir consecutivamente.

[69] A escolha política de cada um e a possibilidade que todos têm de lutar por seus ideais e interesses pessoais, próprios da democracia, é que permite a existência dos denominados "movimentos sociais" (TOURAINE, 1994, p.85). A democracia necessita de uma zona política que seja o campo adequado para os conflitos sociais, o que por certo não deve ser confundido com atos violentos (TOURAINE, 1994, p.96).

guiando-se tão somente pela lógica da acumulação de riquezas que, de fato, escolherá na prática quais serão os candidatos, quais deles terão mais chances nas eleições, etc. (TOURAINE, 1994, p.84).

As “máquinas políticas” (e aqui se inclui não somente os entes estatais, mas também os partidos políticos e sindicatos) tendem historicamente a distanciarem-se de suas bases sociais e assumirem, a si próprias, como fins e valores. Esquecem, portanto, sua função instrumental de busca por finalidades externas (FERRAJOLI, 2002, p.754).

Este cenário leva a crer que a participação popular, efetiva, vai se diluindo no meio do caminho e, por isso, abre espaço para a possibilidade de as decisões governamentais serem afetadas por métodos nada democráticos: os conluios e negociatas entre as elites econômicas e políticas. Práticas que se distanciam, por certo, dos pilares que sustentam e caracterizam a poliarquia. Na maior parte das vezes, essas elites econômicas tentam ser bem discretas e, na medida em que “cooptam” os políticos, fazem valer seus interesses próprios, valendo-se de poderes muito mais fortes dos que os do “cidadão comum” (DAHL, 2009, p.131). Mesmo que muito contestada na atualidade, ainda se tem que o tipo mais comum de democracia é a representativa que, como já afirmado, foi a escolhida no Brasil.

Entre as diferentes democracias nacionais, há também uma diferença entre as constituições nacionais que as regem. Entre elas, por exemplo, estão constituições que explicitam ou não a listagem de direitos fundamentais a serem respeitadas no país. Isso revela que mesmo sendo *cartas magnas* democráticas, elas guardam importantes distinções entre si (DAHL, 2009, p.138). As constituições devem ser consideradas como instrumentos nunca completamente fechados, mas em permanente reconstrução (ZAGREBELSKY, 2012, p.20).

Ainda que existam essas diferenças, uma coisa parece ser incontestável: a constituição é peça fundamental para o fortalecimento das democracias e o fazem a partir de várias formas, entre elas estão: proteger os direitos dos cidadãos (inclusive os das minorias); manter a neutralidade do Estado quando da elaboração das leis que não devem ser usadas para penalizar certos grupos ou privilegiar outros; manter a transparência das decisões estatais; forçar os políticos a decidirem as questões mais importantes aos olhos da população com maior rapidez e atenção, para evitar que questões afetas à vida de milhares de pessoas tenham suas resoluções postergadas indevidamente (DAHL, 2009, p.144-145).

É necessário deixar claro que em um país em que não haja condições favoráveis para o florescimento de um regime democrático, a constituição, por si só, não o garantirá[70]. Em países que existam condições favoráveis e desfavoráveis, por certo, a constituição acaba sendo um fator que "inclina a balança" para as práticas democráticas enquanto uma constituição mal formulada contribui para o enfraquecimento destas práticas (DAHL, 2009, p.162).

Na mesma toada estão Livetsky e Ziblatt (2018, p.115) quando afirmam que a constituição, sozinha, não é capaz de garantir a democracia (o que se perceberá, na próxima parte desta pesquisa, ser o caso brasileiro). A primeira razão deriva do fato de serem sempre incompletas. A segunda razão deriva de ser a constituição sempre passível de interpretações conflitantes, afirmando a possibilidade de ser a letra fria da *carta magna* alvo de interpretação completamente contraditória quando comparada com o espírito do constituinte. Diante deste risco, certamente os projetos autoritários estarão aptos a manipularem de forma maliciosa estas lacunas e ambiguidades, desde que fortaleçam suas aspirações.

A constituição é um documento fundamental para a construção de "subjetivismos" que devem (ou deveriam) impregnar as ações tanto dos agentes estatais quanto dos demais cidadãos. Esta construção se mostrou nitidamente incapaz de guiar o legislador brasileiro a produzir leis alinhadas com o "espírito" da constituição. Há, também, o problema (já mencionado) das interpretações realizadas sobre o texto constitucional que, no Brasil e sua tradição autoritária, são muitas vezes feitas em completa dissonância do projeto constitucional (CASARA, 2017, p.74).

Prossegue Casara (2017, p.107) indicando que esta tradição, impregnada na mente dos operadores (e também dos legisladores) do Direito brasileiro, os fazem, a partir dos seus preconceitos enraizados, tomar ações autoritárias mesmo diante de textos flagrantemente democráticos. Neste mesmo sentido, afirma Ferrajoli (2002, p.83) que nos Estados de Direito da modernidade, marcados pelo escalonamento interno dos vários tipos de normas, percebe-se que as tendências tanto de um direito punitivo mínimo (limitado) como a tendência a um direito penal máximo (ilimitado) convivem juntas, estando este Direito penal mínimo plasmado nas normas superiores (constitucionais) e o Direito penal máximo nas

[70] Robert Dahl (2009, p.162) afirma que não há que se falar em uma constituição que seja perfeita para uma democracia. Por isso, os próprios textos constitucionais deverão disciplinar os procedimentos de revisão para adaptá-las a possíveis momentos de incertezas e riscos graves.

normas inferiores que, por não serem condizentes ao que é definido pela Constituição, revelam sua ilegitimidade/inconstitucionalidade.

Há de se apontar que, por conta desta falta de alinhamento entre normas constitucionais e infraconstitucionais, há uma ilegitimidade jurídica do Estado de Direito, ilegitimidade esta que pode chegar em um grau extremo: quando as normas superiores são completamente inefetivas (FERRAJOLI, 2002, p.695).

Para caracterizar uma democracia que se quede consolidada mesmo diante de suas inúmeras ameaças, Zagrebelsky (2012, p.15-16) traz o conceito de "democracia crítica", que é um regime que está ciente da necessidade de sua transmutação constante, de sua reinvenção a partir da tomada de consciência dos seus próprios erros e inadequações. Ela é munida do "pensamento da possibilidade", que está associado a constantes reflexões acerca de seu próprio funcionamento, na possibilidade de existência de situações imprevisíveis, compreendendo (e aceitando) a "eventualidade da derrota". Esta é uma democracia que sempre está a "desconfiar de si própria". Ainda tratando deste conceito, afirma Zagrebelsky que (2012, p.34) que a exigência ética da democracia crítica não é a busca pela justiça absoluta, mas sim, a possibilidade da "busca pelo melhor".

Em tempos de incertezas e crises, por certo, a maior ou menor chance da democracia sobreviver está umbilicalmente relacionada à cultura constitucional[71] da população. Como as democracias são geridas para que durem o maior tempo que puderem, a população deve confiar e, acima de tudo, desejar a manutenção das práticas democráticas e o fortalecimento cada vez maior de suas instituições essenciais.

A (in)sensibilidade de uma população à sua constituição é uma temática afeta à chamada "cultura constitucional", conceito que pode ter várias acepções, como por exemplo, o conhecimento que determinado povo tenha de sua constituição, as opiniões que o povo tem de sua constituição ou a relevância da constituição em seu processo dialético com os valores republicanos (FERREIRA DA CUNHA, 2012, p.29-31).

Ao se falar de cultura constitucional, valiosa é a lição de Zagrebelsky (2012, p.29) que afirma ser, em uma sociedade aberta, efetiva a participação popular no processo de interpretação constitucional (fundamental para desenvolver sua fiscalização dos atos governamentais), pois reduzi-la aos servidores públicos cujo Estado inferiu alguma

[71] Ainda que não use o termo "cultura constitucional", Giddens (2007, p.86-87) sustenta que a "democratização da democracia" só poderia ocorrer em locais em que a "cultura cívica" estivesse fortalecida. Esta cultura não seria produzida nem pelo mercado e nem pela formação de grupos com interesses específicos, mas sim, da tolerância engendrada no interior da sociedade civil.

legitimação, seria empobrecer o processo hermenêutico. A interpretação constitucional não deve restringir-se aos agentes estatais. Afirma o autor italiano que nestas sociedades abertas, a democracia se desenvolve tanto pelos processos políticos quando pela *práxis* quotidiana, sobretudo a partir da concretização dos direitos fundamentais.

Na atualidade, a cultura constitucional deve estar fundamentada em três ideias primordiais: a estabilidade[72] da constituição, a preponderância das disposições constitucionais sobre as outras leis e, por fim, a constitucionalidade das leis. Pode-se dizer que, se os cidadãos possuem plena consciência e compreensão destas três noções basilares e de suas consequências, está presente a cultura constitucional. Mas, se de modo contrário, os cidadãos defendem mudanças da constituição de forma periódica/frequente, bem como ignoram a superioridade das normas constitucionais sobre as demais e não compreendem que as leis inferiores devem ser alinhar com as diretrizes da constituição, há um sério risco à constituição, uma vez que inexiste a cultura constitucional (FERREIRA DA CUNHA, 2012, p.33).

1.12 A democracia não pode ser confundida com uma simples "regra de maioria"

Em relação a esse risco que sempre ronda os regimes democráticos, afirma Zagrebelsky (2012, p.7-10) que a democracia precisa se defender dos seus inimigos, não podendo permanecer passiva diante do perigo[73]. Uma fórmula para protegê-la é a proteção dos direitos fundamentais e a salvaguarda geral dos próprios regimes, pois a história nos mostra que, obedecendo as regras formais/legais, é possível derrubar a democracia (como ocorreu no Estado nazista). Após a segunda guerra mundial, chega-se à conclusão que se a maioria das pessoas se inclina para o totalitarismo, é preciso proteger a democracia da vontade da maioria, pois ela não pode ser confundida com um mero "princípio majoritário".

É preciso compreender que nenhuma lei, mesmo que seja aprovada pela imensa maioria dos cidadãos, pode consentir que uma pessoa possa ser punida sem que tenha praticado ato proibido/criminalizado. O cidadão, principalmente se for membro de um grupo *vulnerabilizado*, não está nem perto de ser amparado por uma garantia, pelo simples fato,

[72] De acordo com a lição de Ferreira da Cunha (2012, p.37) as revisões constitucionais devem ser ponderadas e, por emendas constitucionais, não se deve mudar o cariz ideológico da *carta magna.* A estabilidade constitucional precisa ser mantida (ao menos até a revolução seguinte).

[73] Zagrebelsky (2012, p.151) infere que a mansidão, na política, só é virtude se realizada reciprocamente. Se assim não for, é preciso quebrar o silêncio e agir. De acordo com Touraine (1994, p.22), a democracia não deve ser compreendida tão somente como um conjunto de garantias institucionais, mas como a luta dos sujeitos pela sua cultura, pela sua liberdade e contra a dominação do sistema.

por exemplo, de que o julgamento que poderá condená-lo necessita do consentimento unânime dos seus concidadãos, mesmo que não se tenha sido exibidas provas de sua culpabilidade e nem se verifique o respeito ao contraditório e ao pleno da ampla defesa (FERRAJOLI, 2002, p.691).

Zagrebelsky reflete sobre a democracia não ser uma mera "regra de maioria" e o faz partindo do ocorrido em um julgamento que, independentemente de convicções religiosas, marcou a história da humanidade de forma decisiva. Fala-se do julgamento de Jesus Cristo e, mais especificamente, do fato do povo ter tido um papel decisivo em sua condenação. O exemplo é extremamente elucidativo na tarefa de se demonstrar o caráter nefasto que a decisão da maioria das pessoas pode assumir. Dele se tratará nas próximas linhas.

O sinédrio, partindo dos dogmas[74], via em Jesus uma ameaça. Já Pilatos, governante opressor e corrupto (era uma autoridade romana) não acreditava no que era proferido por Jesus (ZAGREBELSKY, 2012, p.81). O sinédrio precisava da condenação feita por Pilatos para enviar Jesus à pena capital e, assim, precisava de uma acusação que tivesse forte apelo político. A "pretensão de Jesus em ser rei" foi a fundamentação da sentença condenatória. Tanto Pilatos como o Sinédrio agiram politicamente. Intimamente, tanto Pilatos como Herodes acreditavam na inocência de Jesus (o que não se revelou o suficiente para a sua absolvição naquele julgamento). Mas, neste cenário, o Sinédrio soube dissuadir o povo e utilizar o seu poder, que foi direcionado em desfavor do acusado (ZAGREBELSKY, 2012, p.88-91).

Quando Pilatos recorre ao poder do povo, há uma nítida passagem de um julgamento jurídico para um julgamento político (ZAGREBELSKY, 2012, p.95). O intenso clamor popular faz com que Pilatos leve Jesus à crucificação (ainda que não haja explicitamente a descrição da condenação de Jesus por Pilatos). Ele "lava as suas mãos", cedendo ao poder do povo, ainda que achasse que o acusado era inocente. Mesmo sabendo das reais motivações que levaram à crucificação, ele não agiu a ponto de sacrificar seus próprios interesses (ZAGREBELSKY, 2012, p.112).

Disto isto, percebe-se que no julgamento de Jesus Cristo, Pilatos utilizou "do oportunismo como atitude ética". Pilatos, ao lavar as mãos, toma, sim, um lado. O lado da defesa da autoridade que prevaleceu sobre as vidas em questão, tanto a de Jesus quanto a de Barrabás. E para apaziguar os ânimos das multidões, que certamente constituíam

[74] Zagrebelsky (2012, p.73) afirma que "as autoridades dogmáticas se defendem a si mesmas utilizando os dogmas".

ameaças ao seu poder, ele decide transferir a sua atribuição de decidir, cedendo à voz da maioria, que no presente caso desejava ver a morte de um inocente. Aqui está uma questão fundamental: percebe-se que ouvir as demandas[75] do povo não significa ser democrata (ZAGREBELSKY, 2012, p.104-105).

Nas palavras de Casara (2017, p.164) "o ator jurídico que cede ao espetáculo costuma justificar o afastamento dos direitos e das garantias fundamentais como um movimento 'democrático', uma atuação que vai ao encontro da vontade popular ou opinião pública". Esta colocação tem total pertinência com o julgamento que decorreu há mais de dois mil anos, assim como guarda pertinência com julgamentos da atualidade.

Quando o Sinédrio e Pilatos decidem escutar o povo, ao contrário do que pareça, eles não adotam uma atitude democrática. A força do povo não deve ser considerada como "algo superior", mas sim, foi manipulada/instrumentalizada por um dos lados, no caso, pelo Sinédrio. O pretenso viés democrático foi utilizado para que se chegasse em algumas finalidades políticas bem definidas: Pilatos queria manter a ordem e o seu poder enquanto autoridade romana que era e o Sinédrio queria eliminar a figura de Jesus e reforçar sua posição de "protetor dos dogmas" (ZAGREBELSKY, 2012, p.107).

Naquele cenário, o povo não era o ator principal, uma vez que tanto o Sinédrio quanto Pilatos não reconheciam, propriamente, o seu poder. Mas ele foi usado como instrumento para que as autoridades conseguissem vitórias políticas. Está evidenciado, portanto, o uso instrumental da democracia (ZAGREBELSKY, 2012, p.108).

Ainda assim, há de se ressaltar que as pessoas que gritavam pela crucificação de Jesus representavam uma parcela da população e, por certo, não a população completa (ZAGRERBELSKY, 2012, p.111). Certamente uma parcela do povo discordava do que estava sendo gritado, mas sentia-se acuada em mostrar sua contrariedade (ZAGREBELSKY, 2012, p.122).

Em relação a essa inerente parcela do povo que sempre existirá e que gostaria de se manifestar de forma contrária ao que foi decidido, Rancière (2014, p.67) sustenta que a grande "desordem interna" da democracia seria o fato de não existir, politicamente, um

[75] É interessante notar que Jacques Rancière (2014, p.15) aponta como uma das críticas feitas em relação à democracia seria a inevitável chegada em sua própria crise por conta do aumento substancial de demandas realizadas pelo povo e direcionadas ao governo. O Estado, diante da inaptidão de resolvê-las todas adequadamente, encara uma gradual perda de sua autoridade o que faz com que os cidadãos sejam mais indisciplinados e mais resistentes à ideia de que precisam, todos, fazer sacrifícios em prol do bem comum. No mesmo sentido está a lição de Santos (2017, l.2465-2466) ao afirmar que "em democracias representativas, o número de interesses contrariados é potencialmente superior ao número de interesses atendidos".

princípio unificador fundamental que legitime as ações dos governantes a partir de leis inatas aos agrupamentos das sociedades humanas.

Antes da efusiva participação popular quando da tomada de decisão que definiria os rumos do julgamento, havia o respeito às regras previamente estabelecidas para julgamentos daquela estirpe. Todavia, quando o clamor popular se agiganta, se rompe todos os laços de legalidade (não havia mais interesse em proteger direitos) e razoabilidade. A questão se torna muito mais emocional do que racional (ZAGREBELSKY, 2012, p.124). Esta irracionalidade se funda no fato de que as pessoas, no meio de um vasto grupo, acreditam estar invisíveis e assim sentem-se protegidas e isentas de responsabilidade. Se pudesse perguntar às pessoas que clamavam freneticamente pela condenação de Jesus, era alta a probabilidade de elas não saberem a razão pela qual faziam aquilo (ZAGREBELSKY, 2012, p.125).

O povo que tomou aquela decisão pode ser considerado uma "massa", com todas as características negativas constantemente atribuídas a este termo. Neste contexto, também quando se fala da "democrática escolha" pela condenação, há de se falar em uma democracia degradada, a pior delas: a que se confunde com a imagem de uma multidão emotiva e irresponsável (ZAGREBELSKY, 2012, p.126). Inclusive, uma grande dificuldade imposta à democracia é defender e produzir a pluralidade no interior de uma "cultura de massa". Este regime democrático deve garantir a maior liberdade ao maior número de pessoas e reconhecer a maior diversidade possível (TOURAINE, 1994, p.23).

No momento em que tanto o Sinédrio quanto Pilatos colocaram o poder de decidir definitivamente pela vida ou morte de Jesus nas mãos do povo, adularam a multidão e "divinizaram" sua decisão. Está aí configurado o "caráter totalitário da democracia". A decisão passou a ser considerada como uma força absoluta (ZAGREBELSKY, 2012, p.129).

A democracia não se define pelo consenso e/ou participação popular, mas sim pelo respeito às liberdades e diferenças. Ela não se define pelo respeito irrestrito ao que quer a maioria das pessoas, mas sim pelo respeito aos projetos individuais e coletivos que harmonize a afirmação da liberdade pessoal com a possibilidade de se sentir pertencente a um coletivo. A democracia não se sustenta unicamente em leis, mas principalmente de uma cultura democrática, que pode ser definida como um esforço de harmonização entre liberdade e integração (TOURAINE, 1994, p.24-25).

O caso narrado aqui nestas breves linhas não corresponde a um ato democrático e sim, um caso de oligarquia e autocracia, na medida em que o povo foi "manipulado como uma arma". Quem conduzia o julgamento não tinha pretensão em "ser democrático". Na verdade, apenas usaram o povo para alcançar seus objetivos egoísticos (ZAGREBELSKY, 2012, p.130).

Touraine (1994, p.29) sustenta que o chamamento do povo para decidir a contenda fragiliza a democracia na medida em que "em nome da cultura" se reforça um poder político, ou seja, é configurado um "atalho" para ligar diretamente certa cultura (religiosa, por exemplo) ao poder. O referido pôde ser observado quando do julgamento de Jesus Cristo.

É neste contexto que se retorna ao já exposto conceito de "democracia crítica" trazido pelo jurista italiano, na medida em que ela não confiaria nesta "divinização" da escolha popular, pelo contrário, parte da premissa que o povo é limitado e falível (ZAGREBELSKY, 2012, p.135).

A democracia crítica sustenta, também, que o povo deve guiar o governo sobre a coisa pública, mas o poder que exerce não é ilimitado. Não se deve acreditar que o povo nunca erra. Contudo, negar a sua infalibilidade não significa não considerar que o povo pode, sim, agir para o melhor, com todas as decisões podendo ser revisadas (ZAGREBELSKY, 2012, p.139).

A democracia deve ser considerada como o regime que a maioria aceita os direitos das minorias, porque compreende que a maioria de um tempo pode ser a minoria de outro. Por isso, reconhece que as leis, apesar de não serem "do seu próprio interesse", devem resguardar o exercício dos direitos fundamentais a todos. A essência democrática está fincada nesta relação dialógica entre unidade e diversidade (TOURAINE, 1994, p.25).

Os acordos existentes entre as oligarquias econômicas e estatais para se apropriarem da coisa pública estão em lado completamente oposto do conceito de democracia. Um exemplo crasso disso são os donos dos grandes grupos de comunicação social que, usando a função pública da imprensa, defende seus próprios interesses (RANCIÈRE, 2014, p.92).

Não são mais nos sindicatos e sim nos *mass media* que as questões palpitantes para a vida democrática são discutidas atualmente. Aqui se pode notar grande semelhança com a atitude do Sinédrio que divulgou informações falsas sobre Jesus para que o povo o

condenasse, enquanto que os difamadores se fortaleciam politicamente[76] (TOURAINE, 1994, p.159).

A democracia, em sua essência atual e genuinamente elitista[77], parte da ideia que os direitos políticos são mecanismos de fortalecimento dos direitos individuais que tenham cunho econômico. Assim, resta claro que os mais pobres não terão suas liberdades pessoais plenamente desfrutadas por não terem acesso aos recursos dos quais essas liberdades se alimentam. Neste momento se manifesta o ciclo vicioso no interior da prática democrática: a maioria da população não teria uma quantidade de patrimônio "digna" de uma defesa vigorosa sob a perspectiva das elites do poder. Por isso, não precisariam desfrutar de direitos políticos que devem almejar a esse fim. Uma vez excluídas do grupo dos eleitores, não terão forças para lutar pelo ganho e recursos culturais e materiais que as façam poder desfrutar dos poderes políticos (BAUMAN, 2007, p.70).

Afirma Touraine (1994, p.61) que o Estado democrático não deve estar a serviço do mercado ou de seus interesses mercantis, ele precisa estar à disposição dos próprios atores sociais. Prossegue o autor aduzindo que enquanto o liberalismo ganhou força por combater a monarquia, a democracia social ganhou força ao combater o poder da burguesia (TOURAINE, 1994, p.166).

Uma promessa feita pela "democracia ideal" e que não se concretiza quanto nos deparamos com nossas "democracias reais" é a extirpação do que seria um "poder invisível". Para o autor italiano, na Itália estes poderes eram "muito visíveis" e cita a presença da máfia italiana, dos serviços secretos incontroláveis, etc. Ora, parece que, imersos no contexto neoliberal, parece afetar às nossas democracias a presença decisiva deste poder invisível (mas muito visível) do mercado (BOBBIO, 1986, p.26).

A discussão sobre as possíveis ameaças aos regimes democráticos, consideram, não raro, o seu maior inimigo como sendo os regimes totalitários. Essa ideia, talvez muito simplista, traz um perigo enorme, que é o de tornar invisível outra ameaça extremamente poderosa e perniciosa que se origina no interior da própria sociedade civil e toma forma com o aumento de um discurso que visa caracterizar a política como sinônimo de corrupção e

[76] Atualmente, se verifica algo muito semelhante, que é o financiamento, por parte das elites econômicas dos países, de divulgação de informações e notícias falsas (*fake news)* sobre pessoas físicas e jurídicas com o propósito de arruinar suas reputações diante da sociedade. A partir desta campanha difamatória, majoritariamente bancada por capital privado, consegue-se mobilizar as massas e se obter ganhos políticos extremamente significativos, como a eleição de candidatos cujas propostas de governo seja benéfica aos interesses oligárquicos.

[77] Santos (2017, l.319-321) afirma que em sua larga pesquisa sobre a história eleitoral, verificou que apenas Peru, Brasil e Chile conservam a exclusão dos analfabetos da vida eleitoral, depois de terem caído todas as barreiras anteriores: renda, idade, gênero e estado civil. Estes três países sul-americanos passaram por violentas ditaduras durante o século XX. Para Streck e Bolzan de Morais (2014, p.95) a passagem de regimes autoritários para governos eleitos pela população não terminam o processo de construção democrática.

arbitrariedades. Este discurso possui uma finalidade muito específica, que é a de tornar o Estado mínimo, para que ele não possa mais ser um "obstáculo" às ações do mercado, da *mass media* e da difusão indiscriminada dos bens de consumo (TOURAINE, 1994, p.188).

Este movimento (inegavelmente atraente nos tempos atuais) pode parecer democrático aos incautos, porque pode ser fruto da vontade de maioria. Mesmo em países "em desenvolvimento", onde os níveis de miséria são alarmantes, ainda existirá uma elite que se opõe à proteção dos direitos individuais destes empobrecidos economicamente e venera a redução cada vez intensa do tamanho do Estado (TOURAINE, 1994, p.188).

A política não é mais vista como um cenário de luta política (o que leva ao já mencionado desinteresse das pessoas). Não há interesse por parte das elites de que a população tenha um papel efetivo nas eleições porque é possível que a vontade popular não corresponda à vontade do mercado (CASARA, 2017, p.34). Durante o período em que a população segue passiva e desorientada, as elites usam de um sem número de mecanismos ideológicos que visam eliminar ou enfraquecer toda forma de pensamento crítico e independente que, por certo, seriam resistências a quaisquer movimentos desempenhados pelos governantes e pelas elites dirigentes que tivessem o fito de enfraquecer a democracia e diminuir direitos sociais (MACEDO,2011, p.13).

A imersão neste cenário é que torna cada vez mais preponderante a preocupação do cidadão com o bem público. A democracia só pode nascer onde, além desta supracitada preocupação, todos possam se reconhecer a si próprios e ao outro como sendo portadores de individualidades e universalidades. A proteção e promoção deste reconhecimento devem ocorrer no interior das instituições políticas (TOURAINE, 1994, p.193 e p.208).

Nos países da América Latina assolados pela pobreza e marcados pela chaga da desigualdade social, a democracia não possui substrato para desenvolver-se como deveria. Esta desigualdade, especificamente na América do Sul, mostra-se o principal vetor que trava o seu florescer. Como afirmado alhures, as elites que não sofrem dos problemas que afetam a maioria da população, pressionam o Estado a adotar políticas (neo)liberais que apenas beneficiam restrita camada da população e são flagrantemente deletérias a qualquer aspiração de cultura democrática, pois acarretam a marginalização de quem até gostaria de participar da dinâmica social enquanto consumidor, mas essa condição lhe é proibida. Portanto, qualquer movimento de democratização deve combater as desigualdades (TOURAINE, 1994, p.257).

É na América Latina que se percebe a formação de uma mera "democracia formal", ou seja, um regime que realiza eleições periódicas, mas que não assegura ao povo as garantias legais, as liberdades mais básicas. É um mero simulacro de democracia (EISENSTADT, 2000, p.101). Para Macedo (2011 p.14) as forças hegemônicas do capitalismo no ocidente são os atores mais ativos nessa busca de se retirar a essência democrática dos países do próprio ocidente, reduzindo a democracia neste simples ritual de votações que, na realidade, apenas servem para ratificar as decisões tomadas pelas elites.

Obviamente, este "ritual" não tem valia alguma se não garante à maioria do povo, os seus direitos mais elementares como o acesso à saúde, habitação e educação. As eleições tornam-se um grande e nefasto teatro. Estes grupos que correspondem às elites hegemônicas tentam fazer com que, no ocidente, a democracia seja confundida com a admissão, cega e acrítica, das vontades do mercado que tanto impactam a vida dos cidadãos. Para isso, manipulam a linguagem[78] chamando de democráticos atos flagrantemente antidemocráticos (MACEDO, 2011, p.14).

Cabe fazer referência até mesmo às denominações *suavizantes* e deturpadoras das próprias rupturas institucionais que ocorrem nos países. Os golpes parlamentares, que precisam do substrato da democracia representativa, tentam, apesar de sua quebra institucional, tentam preservar uma aura de legalidade no funcionamento das instituições, enquanto se altera substancialmente as "preferências governamentais". Por não serem como os golpes militares (imageticamente/simbolicamente mais fáceis de serem assimilados pela população "ingênua") e por tentar não trazer mudanças significativas nos ritos comuns (apesar de trazerem uma subversão na ordem política, econômica e social da ordem antes instituída), os golpes parlamentares não são considerados como golpes, novamente, por parte dos incautos e para os que fingem ser (SANTOS, 2017, l. 103-158). Tendemos a pensar no fim da democracia a partir da ação de homens armados, mas elas também podem ser exterminadas através de políticos eleitos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.14). Com o fito de se trazer o conceito de golpe parlamentar, ancora-se no criado por Santos (2017, l.375-376): "uma substituição fraudulenta de governantes orquestrada e executada por lideranças parlamentares". Prossegue o mesmo autor brasileiro indicando que "o golpe, em sentido de

[78] Fica mais complicado de se combater atos de injustiça social no interior de um contexto que impede o uso de uma linguagem que se opõe e resiste à realidade de violências múltiplas e frequentes aos direitos da população e que torna tabus termos como "classe dominante" e subordinação", enquanto lançam mão de palavras mais palatáveis ao mercado, como se os eufemismos fossem frear a opressão dirigida aos indivíduos *vulnerabilizados* (MACEDO, 2011, p.29).

truque esperto, consiste precisamente em valer-se dos mecanismos de operação normal das instituições em favor de objetivos ilegítimos" (SANTOS, 2017, l.389-390). Um significativo exemplo desta modalidade de golpe ocorreu no Brasil no ano de 2016 e retirou da presidência da república a senhora Dilma Vana Rousseff eleita através do voto popular para o cargo em 2014. Para Casara (2017, p.123) é ideológica a afirmação que o Brasil vive "uma normalidade democrática", sobretudo em um período histórico marcado por um golpe que derrubou a presidente da república.

Ainda sobre a manipulação da linguagem, afirma Stanley (2018, p.8) que os políticos de inclinação fascista reescrevem o "senso comum da história deturpando a linguagem da idealização por meio da propaganda". Depois de certo tempo, é criado um cenário de irrealidade que faz incluir, em debates pretensamente científicos, as mais estapafúrdias teorias da conspiração e notícias falsas. Prossegue o autor ianque afirmando que "o fascismo eleva o irracional sobre o racional, a emoção fanática sobre o intelecto" (STANLEY, p.27 2018).

As teorias da conspiração possuem um papel primordial nos regimes não democráticos, pois servem de instrumento de ataque aos que ignoram suas existências, inclusive a mídia que, ao não as cobrir, é colocada como parte da conspiração. O objetivo é bastante claro: legitimar medidas extremas como fechar a "mídia liberal" e encarcerar inimigos políticos (STANLEY, 2018, p.43-44).

Neste contexto, é contundente a lição de Levitsky e Ziblatt (2018, p.18) em que afirmam que, para subverter a democracia, os seus algozes tomam atitudes "legais[79]" nos seus sentidos puramente formais (aprovadas no legislativo ou aceitas pelo judiciário). E a nefasta ironia é tão maior quanto mais é propagada a lógica de que ao corroerem as bases democráticas, estariam fortalecendo as instituições, aperfeiçoando o Estado, exterminando a corrupção[80], etc. Neste movimento de "assassinato da democracia", a população assiste atônita, pois não há um momento determinado, nenhuma declaração de lei marcial, a suspensão da constituição, enfim, um ato claro de "passagem da democracia para ditadura". Enquanto este ato não surge, parece não "disparar o sinal de alarme" da sociedade.

[79] Para Casara (2017, p.60) "o respeito à legalidade é condição para a vida democrática, mas não a assegura".

[80] Habitualmente, políticos de inclinação fascista utilizam o mote do combate a corrupção como forma de condenar as administrações do Estado que pretendem assumir a governança, o que se mostra apenas como álibi, pois quando assumem o poder, são invariavelmente mais corruptos do que aqueles que quiseram suplantar. Para os políticos fascistas, a corrupção está mais associada a um "rompimento" com a pureza do que com a lei propriamente (STANLEY, 2018, p.22-23).

Além da construção desta ideia de que se vive em um ambiente democrático ainda que, na prática, as atitudes do governo revelem o oposto, vale se realizar uma referência a criação de uma outra fantasia por parte dos grupos hegemônicos, que é a sociedade sem classes. Esta é uma farsa que, infelizmente, uma grande parte das pessoas acredita. Esta larga fatia da população é levada a acreditar que, apesar da sua condição de pobreza, estão em patamares sociais mais elevados, como os miseráveis que afirmam com convicção fazerem parte da classe média e que não demonstram qualquer resquício de consciência de classe. Muitas vezes, afirmam até mesmo o contrário disso aliando-se aos seus opressores[81] (MACEDO, 2011, p.50).

A democracia, nestes moldes, não pode ser concebida como *locus* propício para o desenvolvimento de práticas que tragam o bem-estar para todo o povo. Pelo contrário, demonstra-se, como já dito anteriormente, que é "um sistema de decisão elitista e ratificação pública" (MACEDO, 2011, p.77). A fragilização das normas democráticas deriva de uma forte polarização, do enfrentamento de lados completamente opostos. Estes lados não são somente identificados pela questão econômica (extremamente relevante), mas também em termos culturais e raciais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.20).

Assim, a partir do que foi exposto, tem-se que a democracia pode ser definida como um regime político que reconhece os indivíduos e suas coletividades enquanto sujeitos. É neste regime que deve haver o fomento à proteção e estímulo que cada cidadão possa viver a sua vida e dar um sentido particular às suas experiências vividas de forma que, o que de fato limita o poder não é um mero conjunto de regramentos frios e formais, mas sim, a vontade e possibilidade concreta de cada um de exercer (e desfrutar) sua liberdade individual. Logo, nota-se que é uma necessidade democrática, a submissão do poder à política e da sociedade à busca de uma meta fundamental: a liberdade dos cidadãos que devem unir, em suas lutas, o que os aproxima, razão humana, e o que os torna diversos, as identidades pessoais e coletivas (TOURAINE, 1994, p.262-263).

Como visto, ao menos a nível formal, o constituinte brasileiro tomou por opção fazer com que o Brasil fosse uma democracia constitucional e representativa, cujo respeito a uma

[81] Realizando o valioso paralelo entre o Direito e a Literatura, mais especificamente dentro do seu viés "Direito na Literatura", trago nesta nota um trecho do clássico da literatura brasileira chamado "Lavoura Arcaica" cujo autor, ganhador do prêmio Camões, é Raduan Nassar (l. alto, 1126-1133) "(...) age quem sabe com a paciência proverbial do boi: além do peso da canga, pede que lhe apertem o pescoço entre os canzis. Fica mais feio o feio que consente o belo.. – Continue - E fica também mais pobre o pobre que aplaude o rico, menor o pequeno que aplaude o grande, mais baixo o baixo que aplaude o e assim por diante. Imaturo ou não, não reconheço mais os valores que me esmagam, acho um triste faz-de-conta viver na pele de terceiros, e nem entendo como se vê nobreza no arremedo dos desprovidos; a vítima ruidosa que aprova seu opressor se faz duas vezes prisioneira, a menos que faça essa pantomina atirada por seu cinismo".

cultura constitucional faria com que o respeito aos direitos fundamentais faria com que arroubos autoritários e golpistas não passassem de raros devaneios de um ou outro agente da sociedade. Contudo, como demonstrado (ainda que introdutoriamente), essa imagem é apenas uma ilusão, uma vez que a democracia brasileira, nos moldes em que está plasmada na *carta magna* nunca chegou a ter uma efetividade concreta no país.

1.13 O sistema penal em um Estado Democrático de Direito: como se caracteriza o sistema brasileiro?

Chega-se, agora, no momento em que se tratar-se-á dos contornos do Direito penal e do processo penal no interior de um Estado Democrático de Direito. Por certo, na tarefa de se examinar e expor sobre este tipo de processo penal[82], também há de se sinalizar, quais são os traços fundamentais de um direito penal e processual penal que a ele se opõe por não respeitarem os caracteres que o fazem desejáveis dentro deste Estado Democrático. Este modelo oposto ao democrático, também será chamado nas linhas a seguir de "modelo inquisitório". Desde já, cumpre-se dizer que os próximos tópicos se deterão, propriamente, a questões pertinentes ao sistema penal[83].

A construção do modelo de Estado e as características peculiares de cada país vai moldar um determinado tipo de sistema penal. Neste cenário, ganha especial relevo o estudo das formas passadas de sistema penal, como a existente na Europa na Idade Média, marcada pela atuação do Tribunal do Santo Ofício que esteve umbilicalmente ligado à Igreja católica, tanto no período medieval quanto no período moderno, o que vai impactou diretamente o Brasil colônia, como analisado em tópico anterior desta tese.

É inegável que vários fatores foram extremamente relevantes e condicionantes para que o sistema penal brasileiro (e a sociedade brasileira como um todo) exiba características autoritárias que desprezam inúmeros elementos fundamentais para a consecução de um sistema penal e uma sociedade genuinamente democrática.

[82] Cumpre se afirmar de qual processo penal fala-se aqui e, para isso, parte-se do exposto por Casara (2015, p.218) que o reconhece como "o sistema de garantias, direcionado à concretização do programa constitucional para respostas estatais aos desvios sociais etiquetados como delituosos, que abrange a necessidade de redução do arbítrio, de contenção da violência legítima (do Estado, submetida ao princípio da legalidade), da erradicação da violência ilegítima (tanto do Estado quanto do particular em violação ao princípio da legalidade), e, por fim, a elevação do valor dignidade da pessoa humana como diretriz para toda e qualquer atividade estatal".

[83] Desde já, cumpre-se indicar que o conceito de sistema penal que será utilizado alinha-se com o de Fragoso (2015, p.7) "é o controle social punitivo institucionalizado, que se materializa no conjunto de agências e suas atividades – tanto internas quanto externas – que intervêm na criação e na aplicação de normas penais".

Afirma Batista (2002, p.238) que o estudo deste tempo passado não significa tão somente compreender a "herança jurídico-penal", mas também compreender as relações entre um projeto político e um sistema penal que lhe serve de sustentação, ou ainda como um sistema penal pode se autonomizar por completo do projeto político que o criou e passe a utilizar, sem maiores constrangimentos de ordem legal/judiciária/moral, suas poderosas armas.

Esta "autonomização" do sistema penal ocorreu no Brasil, pois a constituição brasileira, pretensamente constituidora de um Estado Democrático de Direito, lança as bases para a concretização de uma prática penal democrática, garantista, partindo da utilização de um poder punitivo mínimo. Contudo, tanto a prática judicial quanto as leis infraconstitucionais revelam uma grande dissonância com o que está nos planos normativos superiores (constitucionais).

Nas linhas a seguir, almeja-se traçar as diretrizes do sistema penal que a Constituição brasileira prevê e deseja constituir, mas que não se pode dizer concretizada em *terrae brasilis*, sobretudo por conta das chagas da desigualdade social e econômica, do passado escravagista, da democracia fragilizada pelos governos autoritários, da obediência passiva do Estado às imposições do mercado financeiro, etc.

Faz-se necessário lembrar que estes modelos que irão ser caracterizados são os denominados "modelos puros e históricos". Os modelos atuais combinam características de ambos, mas, essencialmente, são inquisitórios ou acusatórios, sendo o núcleo fundante dos sistemas a localização da gestão probatória.

Com o fito de explicitar, de forma mais clara, as características mais fundamentais de cada sistema processual penal, é preciso compreender seus princípios unificadores. O sistema acusatório é o almejado em um Estado democrático de Direito, portanto, foi o modelo escolhido pela *carta cidadã*, ainda que não tenha se concretizado.

O sistema acusatório (e o seu princípio dispositivo) pode ser delineado "por exclusão". Identificar quais elementos integram este princípio, importa saber quais elementos resistem após a eliminação dos que afetam a divisão das tarefas entre acusar, julgar e defender e, consequentemente, afetam suas questões correlatas, como a exigência da gestão probatória a cargo das partes. Um processo penal acusatório é aquele que se preocupa com a proteção dos direitos fundamentais do acusado, indivíduo mais suscetível a sofrer com as arbitrariedades estatais (PRADO, 2006, p.172).

A construção teórica do sistema acusatório é antagônica à construção do sistema inquisitório e seu princípio inquisitivo, uma vez que as funções dos sujeitos processuais são completamente diferentes. O processo acusatório é de partes e o réu é tido como sujeito de direitos. A ideia de acusação, dentro do processo penal, só tem sentido se concebermos tão logo a ideia de defesa. E ambos os lados em um processo penal democrático devem combater com "paridade de armas", munidos de direitos, deveres, ônus e faculdades. Isto só ocorre em um processo de partes, pois estas interligações recíprocas necessitam de uma acusação e uma defesa estabelecidas (PRADO, 2006, p.174-176).

Duas características também muito caras ao sistema acusatório são a oralidade e a publicidade dos atos. Em relação a primeira, sua decorrência básica é a "imediatidade" da relação do juiz com as partes e do juiz com os meios de prova. A dialeticidade do processo parte da compreensão do caso e as posições constitucionalmente demarcadas para cada sujeito processual. A "defesa à racionalidade" que vem a partir da escritura de todos os atos e a dispensa do contato entre juiz e acusado, supõe que este contato é desnecessário, o que se mostra um erro. Em um país como o Brasil, com tantos analfabetos, com um sistema de educação pública tão precário, tornar os procedimentos penais completamente escritos e utilizando-se de uma linguagem rebuscada (típica do ambiente jurídico), na prática, faz tornar os procedimentos ininteligíveis para muitos e inteligíveis apenas para os técnicos (PRADO, 2006, p.246-247).

No que concerne à publicidade, é evidente que a transparência dos atos processuais deve ser um imperativo, sendo, em regra[84], públicos os atos processuais e disponíveis para o controle e sindicância da população. Assim, a publicidade seria uma forma de "garantir as outras garantias", principalmente a que assegura a correta aplicação da lei. Na atualidade, é a exigência desta publicidade que permite a afirmação que o processo é um "procedimento público em contraditório" (PRADO, 2006, p.248-249).

No sistema inquisitório, o processo admite como lema que "os fins justificam os meios" em sua sanha de "realização do direito material" e "obtenção da Verdade real". Para atingir estes objetivos, o julgador ao mesmo tempo atua como acusador[85] e, no desempenho de ambas as funções, visa cumprir um papel que assegure a "segurança

[84] O artigo 5º, LX da constituição indica que a publicidade do ato pode ser restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem.

[85] No sistema acusatório, há a junção da acusação com a ação penal para alcançar o fito de que um processo judicial penal não possa ser iniciado sem iniciativa da parte autora e a ação penal se desenvolva ao longo deste processo (PRADO, 2006, p.184).

pública". O julgador assume a gestão probatória, manipulando o material que irá servir de substrato para a sua decisão, sob a justificativa de "evitar impunidades" (por isso, pode o julgador, de ofício, recorrer de sentenças absolutórias). Não pode se afirmar que existe um "processo de partes", pelo contrário, há uma proeminência do papel do juiz e o reforço de sua atuação enquanto investigador. Neste cenário, por certo, o acusado é tido como mero objeto do processo que, em regra, corre em segredo e fica indisponível ao acesso da defesa (PRADO, 2006, p.174).

Além da paridade de armas, para o sistema acusatório e, consequentemente, para um processo penal democrático, é fundamental, como decorrência do respeito ao princípio do juiz natural, que o julgador respeite as regras previamente estabelecidas para o julgamento, bem como da imparcialidade do juiz, considerada a partir da possibilidade de se vislumbrar que o julgador, antecipadamente, não aderiu às proposições trazidas pela acusação ou pela defesa. O devido processo legal só pode transcorrer legitimamente se o julgador não puder, de forma antecipada, ser convencido por elementos trazidos pelas partes. Não basta um simulacro de isenção, se faz necessário que a apreciação das teses trazidas pelas partes seja feita sem que a imparcialidade seja comprometida em qualquer grau (PRADO, 2006, p.179-181).

Como forma de se sistematizar as características mais acentuadas e pontuar outras que foram menos referenciadas, afirma-se que, quanto ao sistema acusatório tem-se que suas características mais relevantes são: atividades de acusar e julgar sendo atribuídas à pessoas distintas; atuação imparcial e passiva dos juízes, que são afastados da iniciativa e gestão da prova, o que fica ao encargo exclusivo das partes; procedimentos predominantemente orais; respeito irrestrito ao contraditório e à ampla defesa; publicidade dos julgamentos (admitindo algumas exceções); tratamento igualitário das partes; existência do duplo grau de jurisdição, logo, a presença da possibilidade de se impugnar decisões de piso; respeito às ideias de segurança jurídica e "coisa julgada"; as sentenças são obtidas a partir do "livre convencimento motivado" do órgão julgador. Percebe-se que este modelo processual é "imperativo do moderno processo penal", pois assegura a imparcialidade do juiz e respeito às garantias das partes, protegendo-as de eventuais abusos por parte do Estado (LOPES Jr, 2016, p.147-148).

Sobre o sistema inquisitório, modelo que mudou a forma do processo de forma radical (cronologicamente, surgiu após o acusatório), pode-se citar como sendo as principais

características: o processo é tido como um enfrentamento desigual entre acusado e inquisidor; o julgador não é imparcial e atua simultaneamente como acusador; a gestão probatória pertence ao julgador que recolhe as provas de ofício; os procedimentos são secretos, escritos e sem contraditório; o acusado é tido como mero "objeto da investigação", sendo a principal fonte de informação e sofrendo constrangimentos de diversas formas (até com o uso de torturas) para "declarar a Verdade"; as provas tem seus valores previamente definidos na legislação (tarifa probatória); a prisão do acusado, durante a persecução penal, era tida como regra; a sentença do inquisidor não produzia coisa julgada". Este sistema é transpassado pela falta de limites impostos à figura do inquisidor na sua busca incansável pelo que seria a "Verdade absoluta", onde os "fins justificam os meios" e todo o arcabouço teórico e prático tende a reforçar este mito[86] "da segurança" trazida justamente pela consecução desta "Verdade absoluta" (LOPES Jr, 2016, p.148). Portanto, resta claro que o modelo inquisitório não se adequa a um sistema penal democrático.

Sobre este distanciamento para a garantia da imparcialidade do julgador, é imperiosa a referência à lição de Casara (2015, p.152) que afirma não se dever confundir a neutralidade[87] com esta pretensa imparcialidade. Enquanto a primeira deve ser vista como algo impossível, a segunda é definida como "a necessidade, ligada à essência da função jurisdicional, de a atuação judicial se dar por terceira pessoa que não tenha interesse direto na resolução do caso penal ou comprometimento direto com uma das teses esgrimadas em juízo". Portanto, a imparcialidade é uma garantia ao jurisdicionado que exige que o julgador não adira a qualquer explicação trazida pelas partes durante a relação processual.

O magistrado deve estar distanciado das finalidades buscadas pelas partes, tanto no âmbito pessoal quanto no institucional. Ele não pode ter qualquer interesse privado na solução da causa e nem na causa de um modo mais amplo, por uma razão óbvia, a de que ele não pode ser juiz da sua própria demanda judicial. É para evitar este cenário que, em um sistema acusatório, deve sempre ser permitida às partes a possibilidade de recusar o juiz,

[86] Desde já, fundamental se faz trazer a conceituação de "mito". O conceito de mito, para Casara (2015, p.86), é "o elemento do discurso, sempre dogmático, coletivo e ahistórico, que se apresenta como verdade, no intuito de substituir a falta daquilo que não existe ou que não pode ser dito e produz efeitos concretos a partir da crença a ele atribuída. O mito emerge onde faltam palavras: seja porque não há o que ser dito, seja porque o que existe, se for dito, revela-se insuportável". Tratando especificamente do "Mito penal", o mesmo autor afirma que "pode ser conceituado como o elemento do discurso que versa sobre o poder penal (ou seja, sobre o poder de atribuir respostas estatais às condutas etiquetadas de delitos), fundado em crenças funcionais ao sistema penal, que preenche um vazio dogmático (diante de uma falta estrutural ou da presença de algo que não pode ser dito) e produz efeitos sobre o *status libertatis*. No mito penal, faz-se presente o dualismo entre poder penal e estado de liberdade, conflito imanente que envolve toda a dogmática do direito e do processo penal" (CASARA, 2015, p.86).

[87] Enquanto a imparcialidade representaria a "heterotutela racionalizada", a neutralidade reveste-se de uma aura mitológica, pois é impossível de ser alcançada. Impossível porque o magistrado, inevitavelmente, tem relação com seu meio social e está imerso em uma dada tradição, fazendo com que não seja possível este indivíduo ser "isento de valores" (CASARA, 2015, 147-149).

uma vez que ele deve desfrutar da confiança de quem por ele será julgado. Outra questão a ser aventada é a sua necessidade de se manter alheio às atividades policiais, posto que elas só devem guardar relações com a acusação pública (FERRAJOLI, 2002, p.465-466).

Nos tópicos iniciais desta parte da tese, houve a intenção de descrever o processo de criação do Brasil e desenvolvimento do Direito brasileiro, trazendo como uma quantidade enorme de violências fez com que fosse engendrada na população brasileira uma racionalidade autoritária. É em decorrência disto que a lição de Casara (2015, p.241) ganha um tônus especial: não há como existir um processo penal democrático em uma sociedade autoritária, pois o processo penal é o melhor "termômetro" para o grau de autoritarismo de dada nação.

Na constituição brasileira de 1988, a denominada "*carta cidadã*", há uma formatação de sistema penal notadamente democrática e garantista. Sobre este direito penal e processual penal do sistema acusatório, alinhado aos ditames constitucionais e que muitos cidadãos brasileiros sonham e lutam para ver efetivado nas práticas dos fóruns e tribunais por todo o país, é que se dedicarão, com especial vigor, as próximas linhas.

Revoluções como a francesa de 1789, por mais estranho que possa parecer em um primeiro momento, traziam a composição entre direitos *jusnaturais* e a necessidade, positivista, que eles estivessem formalmente declarados em algum documento. A grande importância dada à constituição na modernidade perpassa, necessariamente, pelo ideal democrático, posto que nesta lei maior é assegurada a divisão dos poderes e a tutela dos direitos fundamentais. É na constituição que estão expostas as "regras do jogo democrático" e as regras de substituição daqueles que detêm o poder. Portanto, a constituição consiste na própria representação da vontade popular (PRADO, 2006, p.44-45).

No Brasil, deve ser desconstruída a ideia de que, concretamente, a constituição federal e as declarações internacionais de direitos humanos que o país é signatário reverberam positivamente na vida dos milhões de brasileiros, posto que a elas falta efetividade. Infelizmente, a enunciação destes direitos da *carta magna* e declarações internacionais não faz com que eles cheguem para além do pequeno grupo da população que já usufruem destes direitos e garantias, seja por serem das camadas mais ricas, seja porque possuem a pele branca (PRADO, 2006, p.56).

Há enorme grau de ilegitimidade nas normas inferiores que não guardam conexão teleológica com as normas cogentes da constituição. Prado (2006, p.62) aduz que qualquer

política criminal[88] que parta deste "cenário de ilegitimidade", inevitavelmente será incoerente do ponto de vista normativo.

A falta de efetividade pode ser justificada sob vários aspectos, mas um deles, que já foi citado no tópico anterior, é a falta de cultura democrática do povo brasileiro. Sem uma educação de direitos humanos, faz-se inviável às implementações destes direitos, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão (PRADO, 2006, p.57).

Observa-se no país, com certa habitualidade (o que causa temor e tristeza), operadores do Direito (presumidamente técnicos e conhecedores das questões jurídicas) não possuírem e/ou não terem nenhum constrangimento em afirmar publicamente que não possuem interesse na defesa da cultura democrática, manifestando-se, através de manipulações de linguagem e argumentos pueris, contra o ideal de "estabilidade constitucional" e prevalência das disposições constitucionais sobre as leis ordinárias.

A falta de cultura democrática, bem como a falta da compreensão sobre a importância da efetividade dos direitos humanos para a população se revela cada vez menos um "descaso" e cada vez mais uma importante e funesta política governamental.

E por que seria benéfico aos detentores do poder econômico e político que a grande parte da população empobrecida não tivesse (ou tivesse pouca) compreensão da importância dos seus direitos? Ora, a relevância da constituição está contida em suas regras de limitação do poder, do postulado da cidadania que está imbricado na capacidade plena dos cidadãos em gozarem dos seus direitos constitucionalmente previstos, como a liberdade e democracia (PRADO, 2006, p.61). Uma população que está cada vez mais passiva no que tange às questões afetas aos seus próprios direitos, por certo, é mais fácil de manipular, de subjugar, de servir de mero instrumento para a consecução dos interesses dos detentores do poder econômico.

É preciso deixar claro que uma democracia só finca raízes em uma sociedade que também seja democrática. O Brasil nunca rompeu, definitivamente, com seu passado autoritário que se cristalizou na escravidão (que reputo ser o fator mais decisivo), no governo ditatorial de Getúlio Vargas (período em que foram elaborados os códigos penal e processual penal ainda vigentes no país) e na ditadura civil-militar que durou mais de vinte anos.

[88] Para fins de conceituação, apropria-se aqui do conceito formulado por Delmas-Marty (1992, p.24) que afirma ser a política criminal o "conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal".

O país sempre foi palco para uma série de acomodações dos interesses das elites, que sempre estiveram dispostas a manter a estrutura da dominação que exerciam, ainda que com diferentes roupagens. Afirma Valim (2017, l.339) “o Brasil já teve governos eleitos democraticamente, mas não fez uma “segunda transição” para um regime de democracia sólida. Persiste uma sociedade autoritária e hostil ao desenvolvimento dos Direitos humanos”. A ausência desta “segunda transição” está evidenciada no profundo desrespeito à constituição.

A falta de tradição democrática e a consolidação da tradição autoritária na sociedade brasileira guia a forma como o poder punitivo é observado por grande parte da população, sobretudo no modo como ações repressivas são levadas a cabo, como prisões ilegais são vinculadas na mídia e como o ideal “liberdade” passa a não ser visto mais como a regra, sendo afastado sem justificativas jurídicas (ou até mesmo racionais). Casara (2017, p.106-107) afirma que este imaginário autoritário “contamina” a todos, inclusive os operadores de Direito que concretizam valores completamente antidemocráticos nas suas atuações enquanto agentes do Estado. Assim, o autoritarismo é completamente naturalizado e até mesmo defendido por parte significativa da população.

Na mesma toada está Prado (2006, p.77) ao tratar especificamente da figura do juiz, que é um homem político e participa das dinâmicas (autoritárias) da sociedade. Logo, ele se “contamina” com este ambiente que clama por uma atuação sua mais rigorosa nas sentenças condenatórias, que torne o processo de partes mais “subordinativo” e hierárquico do que dialético e participativo, fazendo com que o sistema judiciário se torne muito mais exposto às pressões externas, principalmente as políticas.

O senso comum teórico dos operadores jurídicos, de forma geral, leva a uma reprodução acrítica de um discurso aceito pela população como sendo verdade. A repetição indiscriminada, invariavelmente, acaba desgastando o conteúdo, fazendo com que as interpretações conservadoras mais fundadas na tradição do povo sempre tenham predominância. Como a tradição da sociedade brasileira é autoritária, estes operadores do Direito nada mais fazem do que reproduzir valores que remetem ao arbítrio, violações de direitos e ao autoritarismo (CASARA, 2015, p.248).

A funcionalidade do sistema penal, no Brasil, é a de manter as estruturas do poder partindo de uma premissa de “instrumentalização” dos indivíduos, que são anulados de diversas formas. Essa estrutura conservadora é em muito construída a partir da atuação dos

atores jurídicos, que em suas ações, como dito, reproduzem práticas arbitrárias utilizando como instrumento o processo penal. A mentalidade tão impregnada de valores inquisitórios é, por certo, um enorme obstáculo para a concretização de um processo penal democrático no país (CASARA, 2015, p.284).

É neste contexto que os cidadãos tendem a acreditar que o recrudescimento do poder punitivo irá lhe garantir mais segurança, controlando os níveis de criminalidade a um patamar adequado. Casara (2015, p.194) aduz que a ideia de que o direito processual penal tem a função de pacificação social e segurança pública é um mito.

Guiado a partir deste mito, o processo penal passa a ter um cunho essencialmente eficientista, indicando que a utilização de seus mecanismos só se justifica se robustecerem a eficiência punitiva. Diante desta lógica, Casara (2015, p.195) afirma que o processo penal se torna tão somente um instrumento de repressão e controle social, enquanto o magistrado é visto como um agente de segurança pública, ao lado dos policiais. O juízo criminal é visto em sua tarefa de "combater os criminosos".

Neste sentido também está Valim (2017, l.303) ao aduzir que o mercado escolhe os inimigos e o Estado os combate, deturpando por completo a utilização do direito penal e processo penal como sistema de garantias ao cidadão e o transformando, como já dito, em um mecanismo legitimador de práticas repressivas, arbitrárias e autoritárias.

Não há qualquer resultado empírico que permita a afirmação que o endurecimento das sanções impostas aos delinquentes diminua efetivamente os níveis de criminalidade. Insistir neste mito só faz com que o uso do poder punitivo do Estado se torne cada vez maior. Este mito serve plenamente a um discurso que tenta colocar o Direito processual penal (e o Direito penal) como protetor de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. Todavia, a sua funcionalidade na prática nos mostra claramente uma estratégia de controle social seletiva, mirada apenas a uma certa camada da população, enquanto outra, a do topo da pirâmide social, se regozija com as manutenções do seu *status* social e do modelo capitalista de consumo (CASARA, 2015, p.202).

A fortificação deste mito dentro da sociedade, que se vale muito do papel dos *mass media*, serve para criar um consenso que permita a naturalização de toda sorte de violações às normas constitucionais. Assim, habitualmente o Estado lança mão de uma retórica vazia e da manipulação de termos com fraquíssima carga semântica (como "razões de Estado",

"personalidade voltada para o crime" e "ordem pública[89]") que não podem ser demonstrados empiricamente, para afastar, sem maiores constrangimentos, as normas que servem (ou deveriam servir) de garantias aos cidadãos (CASARA, 2015, p.203).

Quando se fala de um sistema penal democrático, mais especificamente de um processo penal democrático, está se fazendo alusão a um produto de diversos fatores e não apenas da vontade do juiz legitimado para efetuar as resoluções dos conflitos postos a sua apreciação, mesmo que ele seja, genuinamente, comprometido com o respeito às disposições constitucionais. O viés democrático do processo deve perpassar, também, pela atuação dialética e colaborativa das partes em uma relação "triangular" com o juiz, que deve eximir-se da busca pelas provas (PRADO, 2006, p.70).

De acordo com a intelecção de Prado (2006, p.290), o sistema acusatório consiste na própria "ausência de vínculo de subordinação das partes ao juiz e compreensão de que, se o juiz tem o poder de decidir, as partes têm o direito de participar do processo e cooperar no sentido de que se produza a melhor (mais justa) decisão possível".

A separação entre a acusação e o órgão julgador é de extrema relevância para a formatação estrutural de um processo penal que se pretenda acusatório. Para além desta separação, o *nullum iudicium sine accusatione* exige a paridade de armas entre defesa e acusação. Portanto, além do distanciamento do juiz em relação às partes, é necessário que a acusação tenha o ônus de provar os fatos de que acusa terceiro (FERRAJOLI, 2002, p.454-455).

Para compreensão da temática, mister se faz traçar as características fundamentais dos sistemas processuais penais, que se diferenciam em vários aspectos. De acordo com Lopes Jr (2016, p.146) o sistema acusatório é caracterizado, em linhas gerais, pelos seguintes elementos: iniciativa probatória deve ser das partes; clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; ausência de tarifa probatória; procedimento em regra é oral; juiz considerado como um "terceiro imparcial" alheio à investigação e coleta de provas; contraditório e ampla defesa; publicidade dos procedimentos.

[89] Esta expressão possui um especial relevo para o processo penal brasileiro, pois é usada na fundamentação da esmagadora maioria das prisões preventivas levadas à cabo no Brasil. Para Casara (2015, p.204) "o termo ordem pública, por ser vago e indeterminado, gera novos espaços irredutíveis de insegurança (ou, melhor, subjetivismos), em razão da sua amplitude semântica, o que facilita o arbítrio e perversões inquisitoriais. A decisão que reconhece o risco à ordem pública não parte de dados objetivos definidos pelo legislador, mas sempre de uma opção política do julgador". Continua o mesmo autor (2015, p.206) indicando que "a expressão "ordem pública" é tão despida de limites semânticos que sequer pode ser considerada evento digno de ser levado a sério pelo intérprete. Trata-se de expressão que tudo pode significar, por evidente, nada significa.."

Os traços distintivos do sistema inquisitório, em linhas gerais, são materializados em elementos como: presença de tarifa probatória, em que a confissão tinha valor máximo; procedimentos secretos; ausência distinção entre quem acusa, investiga e julga; ausência de ampla defesa e contraditório; e procedimentos em regra escritos.

Ressalto que neste momento da escrita não far-se-á análise mais profunda sobre o sistema inquisitório do medievo e a atuação Tribunal do Santo Ofício, sobretudo no que diz respeito ao aprofundamento da análise de seus métodos de inquirição e busca incessante pela confissão. Sobre estas temáticas se tratará com mais vigor em momento posterior da presente tese.

Há de se entender, primacialmente, o porquê de utilizar-se o vocábulo "sistema" quando estamos a falar destes modos de consecução do sistema penal. Esta razão nos é exposta por Coutinho (2009, p.108) ao afirmar que os conjuntos foram elaborados diante da possibilidade e necessidade de se agrupar elementos regidos por uma ideia única. Esta ideia reitora deve constituir-se da finalidade do conjunto, bem como ser o elo de ligação entre todos os elementos que o constituem, logo, a ideia seria um princípio unificador (e indivisível).

Para se ter presente o cognitivismo no interior do processo penal, faz-se completamente necessário o conhecimento e, em consequência, a prova, posto que ela tem como uma das suas funções expor fatos, pessoas ou coisas. Portanto, ela serviria para a reconstituição, através da linguagem, de um fato pretérito. A definição acerca da finalidade destes sistemas processuais penais, portanto, o seu princípio unificador, perpassa pela gestão probatória. Como este princípio, em sua essência, traz uma noção única e indivisível, por certo, ele não poderá ser misto. Aqui, deixa-se claro que, apesar dos sistemas na contemporaneidade, invariavelmente, conterem elementos característicos de ambos os sistemas, eles na sua essência se inclinam ou para o sistema inquisitório, com a gestão das provas nas mãos do julgador ou para o sistema acusatório[90] com a gestão das provas nas mãos das partes, juiz como mero espectador (COUTINHO, 2009, p.108-109).

[90] Aqui, mister se faz um esclarecimento: a doutrina majoritária tende a defender a ideia de que no sistema acusatório vige o "princípio dispositivo" enquanto que no sistema inquisitório vige o princípio inquisitivo. Sobre o princípio dispositivo, afirma Prado (2006, p.188-189) "há de se entender aquele que permita dispor sobre o objeto do processo em tramitação, não sendo caracteristicamente acusatório ou inquisitório (...) não é impensável um procedimento inquisitorial, iniciado para apurar o cometimento, por alguém, de uma infração penal, que não se conclua por deliberação exclusiva do juiz-inquisidor, motivado por questões de política criminal. É bem verdade que principalmente no direito estrangeiro há quem vincule o princípio dispositivo ao princípio acusatório, em virtude da possibilidade de retirada da acusação ou pedido de absolvição influindo na determinação da concreta providência a que o tribunal estaria conectado (...) como o critério de disponibilidade deve ser ditado pelo direito positivo, levando em conta a natureza do direito de punir (aspecto material e não processual), vinculando obrigatoriamente o Ministério Público naqueles casos reputados de prevalecente interesse público pelo

Na mesma toada está Lopes Jr (2016, p.144) ao aduzir que pensar em um sistema misto é insuficiente, senão um reducionismo ilusório, pois todos os sistemas penais na atualidade são mistos e os sistemas puros seriam apenas tipos históricos. Assim sendo, é necessário identificar o princípio "informador" dos sistemas, pois a partir dele haveria como classificá-lo, a partir da sua essência, como inquisitório ou como acusatório.

Ainda que a presente tese já tenha indicado o grau de ilegitimidade do sistema penal brasileiro, é relevante indicar, desde já, que ele é, a nosso olhar, inadequadamente considerado por grande parte da doutrina como sendo um sistema misto ou "acusatório formal". E as razões são duas: a primeira gira em torno da consecução de um sistema processual penal bifásico (aos moldes do Código Napoleônico de 1808) com a presença de uma fase pré-processual[91] regida por elementos e princípios essencialmente inquisitórios e de outra fase considerada processual, que seria regida por princípios acusatórios. Lopes Jr (2016, p.159) ao "fugir da maquiagem conceitual", prefere chamar o modelo brasileiro de (neo)inquisitório[92], pois acredita que esta denominação "não induz ninguém a erro".

A outra razão perpassa pela presença de elementos nitidamente acusatórios trazidos pela Constituição de 1988 e elementos nitidamente inquisitórios trazidos pelo Código de Processo Penal de 1941 e Código Penal de 1940. Pelas razões já expostas, tem-se que considerar o sistema brasileiro como sendo misto é insuficiente e inadequado, visto que a classificação do sistema deve basear-se no seu núcleo unificador/fundante, que sendo uma ideia única/indivisível não pode ser misto.

Os sistemas processuais penais são parâmetros fundamentais para a avaliação do tipo de Estado em determinada época e, principalmente, do tratamento que confere às questões penais. Neste cenário, Barbosa e Silva (2019, p.60) afirma que os dois sistemas se situam em duas formas diferentes de se conceber a sociedade: enquanto o sistema acusatório se preocupa mais com o indivíduo, considerando-os como sujeitos de direitos,

---

legislador, o princípio dispositivo em si, relacionado com a disposição sobre o objeto do processo, não integra ou se opõe ao princípio acusatório, sendo importante, porém acidental". Prado utiliza, em sua obra, o termo "princípio acusatório", que a presente tese, apoiando-se também na intelecção de Coutinho (2010, p.109) para quem, como já afirmado, "o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório" irá tomar como sinônimo de "princípio dispositivo" na medida em que, ainda com denominação distinta, ambos se referem ao princípio unificador do sistema processual penal acusatório.

[91] Antes da efetiva propositura da ação penal, deve existir uma investigação dos fatos que demanda ou a instauração de um inquérito policial ou a análise das peças de informação. O inquérito, de natureza judicial administrativa, atualmente pode ser considerado como secreto, sigiloso e não contraditório. Sendo caso de ação penal pública incondicionada, este inquérito presidido pela autoridade policial encarregada da polícia judiciária pode ser instaurado de ofício ou por provocação do Ministério Público, por requisição do juiz ou de qualquer pessoa da comunidade. Sobre a possibilidade de o juiz solicitar a instauração do inquérito, nota-se o caráter inquisitório da legislação ao permitir a imersão do juiz nos atos investigatórios (PRADO, p.270-272).

[92] Este termo teria como função evidenciar o caráter inquisitório do sistema processual atual sem fazer com que o intérprete pense que se está a referir ao sistema inquisitório medieval que perpassava pela atuação do Santo Ofício, mesmo que entre eles haja inúmeras similitudes.

realizando no processo o que se chama de “paridade de armas”, o sistema inquisitório desprezaria o sujeito individualmente considerado, tornando-o “objeto do processo” em um cenário em que a busca pela “Verdade real” seria incansável. É necessário se reforçar a ideia de que o modo de produção da Verdade é um fator decisivo para a caracterização ou de um sistema penal democrático ou de um sistema penal de viés autoritário.

A opção por alguma das formas de se fazer brotar a Verdade no processo é uma opção nitidamente política. Se o juiz pode participar da gestão probatória, o sistema será inquisitório. É daí que decorre a ideia de que a forma como a prova é gerida e produzida no interior do processo penal é que se constitui do “princípio unificador” do sistema e, portanto, o define (COUTINHO, 2009, p.109).

Assim, o ponto fulcral da classificação dos sistemas processuais penais reside na gestão probatória. Ainda que a separação das funções de acusar e julgar seja fundamental, ela não é suficiente. Dito isso, é necessário indicar que esta separação está presente nos sistemas acusatórios e que muitos autores e autoras afirmam que a caracterização do tipo de sistema processual penal seria definida tão somente por sua presença, o que justificaria, ao nosso ver de forma equivocada, chamar o processo penal brasileiro de misto ou até mesmo de acusatório, posto que ele, ao menos do ponto de vista normativo, efetiva esta desejada separação de funções.

Entre os que defendem/afirmam a caracterização da diferenciação das tarefas entre acusar e julgar como sendo o “núcleo unificador” dos sistemas penais, destaca-se Gabriela Schneider que aduz ser este o elemento constitutivo mais relevante do sistema acusatório. Para a referida autora, todos os autores que afirmam ser a gestão probatória o núcleo fundante dos sistemas penais, indiretamente, afirmam também a necessidade da separação das funções, visto que é pressuposto anterior à discussão em relação à gestão das provas. Assim, até mesmo eles também estariam na defesa desta separação (SCHNEIDER, 2014, p.17), cuja importância é tão grande que se constituiu como marco decisivo para a superação do sistema inquisitório, através da definição da exclusividade da ação penal como atribuição do Ministério Público plasmada no Código Napoleônico elaborado em França no ano de 1808 (SCHNEIDER, 2014, p.18).

Assim, tanto por conta de ser uma “característica mínima comum” básica para a ocorrência do sistema acusatório, bem como a passagem histórica do sistema inquisitório para o acusatório, é que a autora considera ser, para fins conceituais, a separação entre as

tarefas de acusar e julgar como sendo o núcleo fundante dos sistemas processuais penais. Portanto, sua presença faria configurar um processo de partes, ainda que minimamente (SCHNEIDER, 2014, p.20).

Conceitualmente, o "núcleo duro" seria algo que em nenhuma hipótese poderia ser modificado. Como a separação entre as tarefas de acusar e julgar, ou seja, a existência de um processo de partes, é condição para a observância da análise da gestão probatória, ampla defesa, contraditório e paridade de armas, ele seria esse princípio fundante, adquirindo este *status* por ser imprescindível à afirmação de vários atributos que fortalecem o sistema acusatório. A autora reconhece que os sistemas processuais são mutáveis e que esta separação mínima não é suficiente para a sua consolidação, que só ocorreria com o respeito ao afastamento do juiz da gestão probatória e de outros diversos atributos, o que não levaria à desnaturação do núcleo fundante, mas à evidência de que em sistemas acusatórios (ainda que minimamente) estão presentes "resquícios inquisitoriais" (SCHNEIDER, 2014, p.21).

Assim, ainda que Schneider (2014, p.21-22) reconheça que, o que afirma ser o núcleo fundante dos sistemas penais não é capaz, por si só, de garantir a imparcialidade do processo penal, ela indica que esta ausência de efetiva imparcialidade não faz com que o "núcleo" seja descaracterizado, posto que ainda que mínima, há a presença da imparcialidade derivada do fato de que não é mais o mesmo indivíduo que acusa e julga como acontecia no sistema inquisitório, onde não havia um "processo de partes". Desta feita, a autora defende existir no Brasil um sistema acusatório de partes constitucionalmente estabelecido, mas que não está completamente consolidado, posto que conta com resquícios inquisitoriais que devem ser superados. Uma destas permanências seria, justamente, a possibilidade de o juiz poder atuar de ofício na esfera probatória.

Não obstante o respeito pela investigação de Schneider, com ela a presente tese não se alinha. Conforme a intelecção de Lopes Jr (2016, p.160-161), apesar de ser um preceito estrutural fundamental, a separação inicial das funções de acusar e julgar, por si só, não é o suficiente para ser definido como autêntico "princípio unificador" que caracteriza cada sistema. Ainda que, de fato, seja um elemento anterior à própria análise da gestão probatória, a sua simples presença não é capaz de deter o ataque à imparcialidade do julgador, sendo possível que mesmo com esta separação haja a presença do sistema inquisitório. O Brasil é um grande exemplo. Esta separação é fundamental para que a

estrutura acusatória não seja eliminada, portanto, ela é uma decorrência inafastável. Contudo, ela não basta para que se consiga a desejada imparcialidade do juiz, que em uma democracia não deve uma "imparcialidade mínima", mas total.

O sistema processual penal brasileiro é baseado no código napoleônico de 1808 e mantêm o dito sistema bifásico, com sua fase pré-processual inquisitória e sua fase processual acusatória. O código Napoleônico, na sua primeira fase denominada "instrução", era comandado por um juiz que atuava de forma secreta, com o fito de pesquisar sobre o fato e todas as suas circunstâncias para que, de forma "fiel", pudesse qualificá-lo juridicamente. Na segunda fase, denominada "juízo", as atuações jurisdicionais eram públicas e realizadas diante de um júri, com o debate realizado entre as partes revestido da maior igualdade possível (PRADO, 2006, p.154).

Todavia, o funcionamento desta sistemática, em concreto, em muito se distancia do desejado[93]. Tratando-se especificamente do caso brasileiro, as provas colhidas em sede do período inquisitorial[94] da persecução penal são levadas para dentro do processo[95], sendo inclusive, analisadas pelo juiz que, muitas vezes, utiliza de um vasto número de mecanismos para "imunizar a sua decisão" e não explicitar que, em verdade, sua decisão foi pautada em elementos colhidos "no segredo da inquisição". Assim, a parte que seria processual/acusatória é, na prática, uma mera repetição da fase pré-processual/inquisitória. Percebe-se que esse controle se torna extremamente difícil pois, ainda que o magistrado não faça referências explícitas aos elementos colhidos em sede de investigação anterior ao processo, não há como saber se, de fato, sua decisão não foi tomada tendo por base os saberes conseguidos em sede de inquérito (LOPES Jr 2016, p.162).

Na mesma toada está Khaled Jr (2010, p.304) que, peremptoriamente, aduz que na atualidade não se faz sentido ainda denominar os sistemas bifásicos. Em verdade, ou são

[93] Até mesmo na época em que o Código Napoleônico foi elaborado este distanciamento ocorria. Salvava-se, assim como se faz hoje, apenas retoricamente o processo, através da sua parte processual, ou seja, através deste simulacro de "acusatoriedade", pois as provas usadas na esmagadora maioria dos casos era colhida na investigação preliminar e inquisitória. No fundo, o sistema napoleônico era um sistema inquisitorial mesclado com elementos do sistema acusatório, como por exemplo, a separação das tarefas de julgar e acusar (COUTINHO, 2009, p.110).

[94] Para Prado (2006, p.198) a compatibilidade de um processo penal democrático com esta fase se daria se a defesa, concreta e efetivamente, tivesse condições de participar nesta fase inquisitorial, ainda que a partir de um "contraditório diferido" nos atos de natureza cautelar.

[95] É necessário indicar que o próprio Código de processo penal, de certa forma, permite esta prática, ao conter na redação do seu *caput* o vocábulo "exclusivamente". Portanto, o juiz deve formar sua livre convicção da prova produzida na fase judicial/acusatória, mas pode examinar as provas colhidas na fase pré-processual/investigativa (e inquisitória) desde que sua convicção não seja formada exclusivamente por estas provas (com exceção das que cautelares, não repetíveis e antecipadas). Assim, a própria lei permite que o juiz tenha contato com elementos colhidos na fase inquisitória do sistema bifásico, bem como examiná-los. Ora, é muito possível que o magistrado venha a formar sua convicção a partir delas. Este contato já é o suficiente para "contaminar" a sua tomada de decisão, que pode facilmente ser "imunizada" na fundamentação a partir de uma vazia retórica.

acusatórios ou inquisitórios. Mas, acima de tudo, é importante saber que não basta, formalmente, denominar o sistema de acusatório enquanto os magistrados, em seus julgamentos diários, utilizam elementos colhidos em sede de investigação (fase inquisitória) que contaminam por completo a fase processual pretensamente acusatória.

Ainda que a separação das funções entre acusar e julgar seja uma característica fundamental, ela não é um critério determinante e não confere ao sistema o seu caráter acusatório se não vier acompanhada de outros componentes. O que se mostra como o fator realmente determinante é a gestão das provas. Assim, não há que se falar de sistema acusatório e imparcialidade do julgador se, apesar da separação inicial entre as funções de acusar e julgar, ao juiz é permitido (pela própria lei) um papel ativo na busca da prova ou a prática de atos que usualmente são atrelados à acusação. A título de exemplos das autorizações destas possibilidades no Brasil, cita-se o artigo 156[96] o artigo 196[97], o artigo 209[98] e o artigo 310[99], todos do Código Processual Penal brasileiro.

A imparcialidade do julgador é uma marca fundamental do sistema acusatório, pois a sua proteção é das tarefas mais caras aos sistemas processuais contidos em um Estado Democrático de Direito. Ela é completamente quebrada em sistemas inquisitórios, de forma que parece claro que um julgador que ativamente participa da investigação e gestão probatória tem sua imparcialidade completamente comprometida. É isso que deve ser entendido pelos autores e autoras que acreditam ser suficientes a mera separação entre as tarefas de acusar e julgar. Ela, por si só, não basta para proteger a imparcialidade necessária para um sistema acusatório alinhado com o que prega a constituição federal de 1988 (LOPES JR, 2016, p.165).

O Código Processual brasileiro de 1941 possui uma base flagrantemente inquisitória acompanhada de elementos secundários de cariz acusatório. Nele há formação de uma figura que (quase) tudo pode, que é a do magistrado. O que se torna mais relevante no contexto processual penal é justamente a sua possibilidade de buscar e produzir a prova que quiser e no momento em que quiser (até mesmo na fase de investigação/inquérito) que faz com que visivelmente a sua atuação incline-se para uma atuação autoritária. É inegável que

[96] Este artigo, nos seus incisos primeiro e segundo, permite ao juiz que determina diligências de ofício durante a investigação preliminar e durante a fase processual.
[97] Este artigo permite ao juiz que proceda novo interrogatório do réu a qualquer tempo, segundo a sua própria vontade.
[98] Este artigo permite ao juiz que ouça testemunhas além das indicadas pela acusação e pela defesa.
[99] Este artigo permite que o juiz, de ofício, possa converter a prisão em flagrante em preventiva. Ou seja, a própria lei chancela ao juiz a possibilidade de decretar uma prisão de ofício. Portanto, sem a necessidade de provocação da acusação.

pelo fato de estarem essas possibilidades plasmadas nos próprios dispositivos legais, há uma naturalização da nefasta confusão: mesmo ente produzindo provas e depois julgando o caso penal. Isso, por si só, faz com que se viole algo que é sagrado para o acertamento do caso penal: a imparcialidade do juiz (COUTINHO, 2009, p.111).

Uma pergunta desde já se impõe: Por que há a quebra da imparcialidade? Ela ocorre porque a produção antecipada da prova, por parte do juiz, antecipa a formação do seu convencimento/juízo. Isso faz com que esteja presente o "primado da hipótese sobre o fato", pois quem procura sabe o que quer achar, ou seja, o juiz primeiro decide e depois vai atrás das provas que apenas corroborariam a sua decisão (já tomada no passado). O julgador, ao sair em busca da prova, já conhece as consequências que aquela prova trará para a definição do fato. Este cenário geral descrito, o qual o julgador está inserido, é denominado de "quadro mental paranoico" e corrompe por completo a imparcialidade exigida. (LOPES Jr, 2016, p.172-173).

A única forma do julgador se desatrelar deste contexto seria desconfiar sempre de suas próprias "imagens e aparências", e em decorrência disto, desconfiar de suas próprias decisões, examinando-as e "duvidando delas" o máximo que puder. Ora, percebe-se que esta tarefa é extremamente difícil, posto que se assemelharia a um pedido ao julgador para que "não pensasse" ou "resistisse ao máximo às suas inconscientes pulsões" (COUTINHO, 2009, p.112).

É por isso que não há dúvidas que o processo penal brasileiro é, essencialmente, inquisitório, pois a partir do exame da legislação penal, percebe-se que a gestão da prova está nas mãos do juiz, cristalizando a presença do princípio inquisitivo. Por não haver um princípio unificador misto, há que se falar que o sistema penal brasileiro é inquisitório, ainda que possua características secundárias do sistema acusatório. Neste sentido, afirma Lopes Jr (2016, p.173) que "sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (...)".

É importante ressaltar que, ainda que o Código de processo penal brasileiro esteja assentado em premissas inquisitórias, a Constituição de 1988 foi fundada em alicerces acusatórios, o que já denota a ilegitimidade destas previsões legais que fundamentam os atos que vilipendiam a imparcialidade. Assim, Lopes Jr (2016, p.172) indica serem substancialmente inconstitucionais todos os artigos do Código de Processo penal que

atribuam poderes instrutórios ou investigatórios aos juízes. Não há dúvida que conferir a eles estes poderes acarreta na eliminação total das possibilidades do processo penal democrático.

Se a Constituição incumbe ao juiz um papel de garantidor de direitos fundamentais, se a previsão constitucional denota um processo essencialmente acusatório, como foi possível se alcançar tal distorção que possibilite a prática hodierna, nos recônditos do país, de um processo penal essencialmente inquisitório? A resposta perpassa pelo problema da inefetividade das previsões constitucionais, que são deformadas e encaixadas em moldes interpretativos autoritários trazidos pelas tradições conservadoras/autoritárias da própria sociedade brasileira. Este problema estaria "para além de qualquer normatividade", pois está impregnado por questões de ordem política e de ordem "corporativa daqueles que atuam no sistema penal". Os dispositivos inquisitórios do Código Processual penal de 1941 devem ser lidos à luz da novel Constituição e não ao contrário (KHALED JR, 2010, p.303). Parece evidente que o adequado é adaptar-se o velho ao novo e não o novo ao velho (como se faz no Brasil).

De acordo com tudo o que foi dito acerca dos sistemas processuais penais e, principalmente, o que de fato é fundamental para o seu enquadramento, tendo inclusive definido o sistema processual penal brasileiro como inquisitório, mesmo que possua características secundárias acusatórias[100]. O modelo de processo penal, em uma democracia, deve ser o do "sistema acusatório", cujas marcas primordiais são a exigência que o juiz não faça parte da gestão probatória, como forma de se proteger sua imparcialidade e que as funções de acusar e julgar sejam destinadas a atores processuais distintos. Um Estado democrático de Direito, como o descrito na constituição brasileira de 1988, exige que o processo penal se apresente enquanto respeitador máximo destas premissas.

O Direito se torna, entre todas as opções do Estado, a que apresenta as maiores condições para deter o abuso do poder. Partindo deste ponto, tem-se que o processo penal apenas se justifica se for colocado enquanto barreira de contenção deste poder punitivo desmesurado e irracional. Materializa-se como um autêntico contrapoder que visa a racionalização das sanções estatais dirigidas àqueles que praticarem alguma conduta pela lei criminalizada (CASARA, 2015, p.211).

[100] Retorna-se, portanto, ao uso do termo "(neo)inquisitório" para indicar um sistema essencialmente inquisitório, mas com características secundárias de nítida conotação acusatória.

A realidade brasileira torna clara que a política criminal levada a cabo no país, por certo, não é a que se inclina com um processo penal democrático, mas sim, constitui-se de uma estratégia que consolida cada vez mais o mito exposto: o de que o sistema penal serve para a pacificação da sociedade. A política criminal possui um problema enorme, que é a dificuldade de sua sistematização, pois seus elementos são sempre políticos/valorativos. É por isso que ela muda ao sabor da opinião pública, estimulada por casuísmos e que se orienta pela "necessidade" de se aumentar a quantidade de medidas repressivas (que quase sempre violam garantias dos imputados), opções tidas como "soluções para o problema da criminalidade".

Um sistema penal que não guarde seus fundamentos racionais, políticos e jurídicos do emaranhado dos valores constitucionais que garantam os direitos fundamentais (ainda mais em um país como o Brasil onde não se vislumbra uma cultura democrática fortalecida) corre o risco de ser constantemente reformado de acordo com a política criminal elaborada pelos grupos políticos detentores poder, o que traz uma grave insegurança no que se refere às liberdades públicas e privadas (PRADO, 2006, p.83).

A política criminal não é ciência, é uma estratégia que visa uma realidade concreta, que em um cenário autoritário descarta com reprovável facilidade os ideais de liberdade e igualdade. É a política como estratégia tomada pelo poder penal e, assim, está condicionada às ideologias e fatores históricos (CASARA, 2015, p.211).

Por ter esta natureza política, a política criminal muda com frequência. As estratégias dos detentores do poder que tem essa possibilidade de interferir na política criminal são as "armas" que possuem para manter o *status quo*, portanto, manter um sistema que segrega, exclui e mata. Para que se tenha uma política criminal essencialmente democrática, é necessário que ela vise, com o máximo vigor, a dignidade dos cidadãos a ela submetidos. Para que isso ocorra, é necessário que a política criminal não seja alterada ao sabor dos casuísmos, mas sim, seja orientada por análises criminológicas idôneas e sérias (GOMES, 2015, p.276-277).

Neste sentido, Andrade (1994, p.444-445) em uma concepção que já se tornou célebre na criminologia crítica brasileira, indica existir uma "eficácia invertida" no sistema penal brasileiro, que é a eficácia das suas funções declaradas, que guardam uma função simbólica e legitimadora, mas não instrumental. E o que significaria ele ser "simbólico"? significa a oposição entre o que ele declara oficialmente e o latente. Ou seja, este sistema

desempenha um papel distinto do que declara. Ao afirmar isso, ressalta-se, não se quer dizer que o Direito Penal e o Direito Processual penal não cumprem suas funções "declaradas" e sim que as suas funções "latentes/não declaradas" predominam sobre as declaradas.

Da concretização do que convenientemente está ocultado, afirma Andrade (1994, p.446) "mais do que uma trajetória de ineficácia, o que acaba por se desenhar é uma trajetória de eficácia invertida, na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado, mas por dentro dele, o êxito do não projetado; do projeto penal latente da modernidade". Assim, o funcionamento "inadequado" do sistema penal não é um acidente, um engano. Pelo contrário, serve a fins muito específicos de seletividade e exclusão social de certos grupos. O funcionamento real do sistema se realiza, em concreto, através desta contradição[101].

1.14 Estado Democrático de Direito e a necessidade da minimização das violências/resposta penal mínima

Este modelo de Estado, qual seja, democrático e de Direito, deve cumprir duas funções no contexto de proteção dos direitos fundamentais. A primeira é negativa, de limitação do uso da força, obedecendo a um cariz liberal. A segunda é positiva, de cariz social, com o fomento de políticas públicas para redução das desigualdades. Neste contexto, o Direito penal, com seu uso do poder punitivo, está contido na esfera liberal do Estado Democrático de Direito, uma vez que a partir de sua atuação ativa, não se terá a promoção de direitos fundamentais[102]. Logo, por estar na esfera liberal, lhe cabe ser mínimo. É por esta razão que se afirma o caráter fragmentário do Direito Penal (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.126).

Sobre o caráter fragmentário do Direito Penal, afirma Pinho e Albuquerque (2017, p.126) que o Direito Penal somente estará legitimado a intervir quando os demais instrumentos de controle social presentes na sociedade, como a escola, a igreja e a família, não tiverem êxito no intento de resolver os conflitos subjacentes. Desta feita, tem-se que não basta a mera presença de um interesse constitucionalmente assegurado para

[101] Na sociedade brasileira, é muito comum observar que boa parte da população extremamente influenciadas pela mídia e pelo discurso demagógico dos políticos, defende um aumento da repressão penal e que o Brasil é o "país da impunidade". Tal argumentação não resiste ao simples exame do *ranking* dos países com mais pessoas encarceradas. O país está no "*top* 5". Então, o que se tem como uma "falha do sistema" é, ao contrário, seu papel crucial. Gomes (2002, p.159) afirma que a prisão é um completo sucesso, pois mesmo depois de dois séculos de contundentes críticas, ela continua vigorosa, ainda que a população seja levada a acreditar que a impunidade reina no país.

[102] Sobre essa incapacidade do uso do sistema penal para concretizar direitos fundamentais, está de acordo Casara (2015, p.206) quando afirma que o sistema penal não é democrático e não promove à alteridade. Pelo contrário, ele não pode ser compreendido longe de uma das suas marcas mais evidentes (e nefastas): a seletividade.

possibilitar a interferência do direito penal. Necessita-se de mais. É imperioso que essa intervenção se circunscreva às situações em que o bem jurídico albergado na constituição federal, tanto de cariz liberal ou social, sofra efetivo dano ou perigo concreto de lesão grave. Portanto, para além de uma legitimação puramente formal trazida no princípio da legalidade que exige uma criminalização anterior à conduta que se pretende punir, há também a necessidade de se averiguar o conteúdo desta lei, o que representa sua legitimação material.

Para Ferrajoli (2002, p.271) o objetivo geral do direito penal é "o impedimento do exercício das próprias razões" ou, de forma mais ampla, a "minimização da violência na sociedade". A vingança e o delito são exercícios das próprias razões. Em ambos os casos e não apenas no delito, a força é arbitrária, incontrolada, desproporcional e, muitas vezes, dirigidas a um inocente. Assim, para o garantismo[103] *ferrajoliano* a pena serviria para impedir esta dupla violência prevenindo, ao mesmo tempo, a violência expressa pelo delito e a violência que a vingança e outras reações informais expressam. O objetivo do direito penal é, portanto, a defesa do mais fraco perante o mais forte. Do fraco amedrontado pelo delito, do fraco amedrontado contra a vingança. Do mais forte que no delito é o réu, do mais forte que na vingança é o ofendido e os sujeitos (públicos ou privados) que lhe são solidários.

É neste sentido que se pode dizer que a lei, ao proibir a conduta e ameaçar com uma sanção penal protege os possíveis ofendidos contra os delitos, enquanto que o julgamento e a inflição desta sanção protegem os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra "as vinganças e outras reações mais severas". Percebe-se, portanto, que nos dois casos, a lei penal está justificada através da tutela dos direitos do mais fraco contra a violência arbitrária do mais forte. Assim, a lei penal enquanto tutela de direitos fundamentais estaria vinculada à esta prevenção dos delitos e das penas arbitrárias (FERRAJOLI, 2002, p.270). Com isso, conclui-se que o autor italiano se mostra alinhado com a ideia de que a pena tem sim uma função, qual seja, a de prevenção e que, por isso, é um autor legitimador do sistema penal.

A separação dos atores jurídicos que acusam e julgam serve de pressuposto para uma série de elementos que também vão ser marcas distintivas do sistema acusatório. Isto

[103] O garantismo, enquanto teoria que pressupõe o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, por certo está alinhavado com um ordenamento jurídico e, consequentemente, com um direito penal democrático em que a defesa da dignidade do indivíduo seja colocado em grau mais elevado, da mesma forma que a própria Constituição brasileira prenuncia. De acordo com o conceito formulado por Ferrajoli (2002, p.271) "'Garantismo', com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. E precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário".

posto, deve-se afirmar que não há, ontologicamente/historicamente, uma vinculação lógica do ato discricionário de acusar com o sistema acusatório, ainda que em seu início a iniciativa da ação penal advinha do ofendido e era marcada pelo sentimento de vingança. Sendo assim, obviamente, não teria como não ser a acusação discricionária. Nesta fase primária do sistema acusatório, a discricionariedade era justificada axiologicamente, posto que a ação penal era privada e seu não exercício significava uma tolerância com o fato ocorrido (FERRAJOLI, 2002, p.455).

Com a atribuição de outras funções à pena e ao uso do poder punitivo que superaram a simples ideia de vingança, a acusação perdeu a sua natureza puramente privada, assumindo uma natureza pública. Na França, após a promulgação do *Côde d'instruction criminelle* foi instituído o monopólio da ação penal para o Ministério Público. A existência deste órgão estatal se mostra muito comum na maioria dos países do ocidente. Ocorre que algumas marcas que restaram da "ação penal como direito privado" ainda são vistas em sistemas que pretendem ser acusatórios (ou ao menos são propagados como se acusatórios fossem) e elas, na atual quadra histórica em que vivemos, mostram-se não justificadas (FERRAJOLI, 2002, p.456).

Logo, percebe-se que o sistema acusatório mais se alinha não a uma utilização discricionária das iniciativas de ações penais, mas sim, de uma acusação penal atrelada ao princípio da obrigatoriedade, uma vez que esta obrigação, ao menos no ponto de vista "funcional", serve para o respeito aos direitos/garantias de publicidade da acusação, igualdade dos cidadãos perante a lei e, principalmente, tutela dos que foram ofendidos e que compõem as classes mais desfavorecidas economicamente. Manter a plena discricionariedade no momento de se formalizar uma acusação significaria prolongar o absurdo de uma atuação do acusador público completamente desatrelada da lei, cabendo a ele, de forma completamente arbitrária, escolher quais delitos seriam "merecedores" da persecução penal e quais não seriam (FERRAJOLI, 2002, p.456).

É preciso deixar claro que esta exigência ínsita ao sistema acusatório e à estrutura garantista do sistema penal, da obrigatoriedade e não discricionariedade do Ministério Público no momento de se desenvolver a persecução penal, não significa que o acusador público deve formular uma ação penal para cada ato que se supõe delituoso que lhe chega. Significa, tão somente, que o Ministério Público deve examinar todas as *notitia criminis* que

lhe chegam, ainda que esta análise demonstre que no caso deva ser realizado um pedido de absolvição ou arquivamento (FERRAJOLI, 2002, p.457).

É necessário, também, afirmar que em decorrência da exigência constitucional, não basta que o Ministério Público tão somente figure como o detentor do monopólio da ação penal[104], mas que se organize de forma adequada e destine seus recursos para a consecução de práticas democráticas, atuando com transparência e sendo guiado pelos princípios da moralidade e impessoalidade (PRADO, 2006, p.206).

Falou-se da arbitrariedade que pode perpassar pela atuação do acusador público, mas ela também pode estar presente de várias formas na atuação do magistrado. Como um sistema penal democrático e garantista deve guiar-se pela racionalização de suas disposições, estes espaços de arbítrio devem ser reduzidos. Por certo, a decisão penal é um tema sensível ao processo penal e a presença de arbitrariedades e decisionismos neste ato será objeto das próximas linhas.

No Brasil, é possível se observar, na prática dos fóruns criminais dos recônditos do país, as mais variadas formas de se decidir. Desde o juiz que julga pautando-se tão somente em literais transcrições do texto legal quanto aqueles que decidem desprezando completamente o que indica a legislação. Esta forma completamente "solta" na tão relevante tarefa de julgar não é a adequada em um sistema penal democrático, que exige sua racionalização.

Seguindo esta linha, afirma Streck (2013, 131) que criticar a discricionariedade não significa uma verdadeira proibição do ato de interpretar. Seu grande problema estaria em que ela "transformaria os juízes em legisladores" (STRECK, 2013, p.131). Para o autor (STRECK, 2013, p.159), o Direito não seria aquilo que o judiciário diz que é.

Não se pode admitir que o juiz possa julgar sem qualquer tipo de "constrangimento legal", decidindo o que quiser e da forma como quiser, não respeitando qualquer tipo de amarra e sendo guiado tão somente pela sua consciência. Streck aduz que combater o subjetivismo é defender a constituição (2013, p.155), que exige expressamente a necessidade da fundamentação judicial (que não deve ser examinada apenas no seu aspecto formal).

[104]De acordo com a lição de Prado (2006, p.215) relevante notar que este monopólio só foi "conquistado" a partir da constituição de 1988, posto que desde o Código de processo penal de 1832, a autoridade policial poderia investigar e processar casos que envolvessem homicídios, lesões corporais culposas e contravenções penais (Lei n. 4.611/65 e artigo 531 do Código de Processo Penal).

É preciso estar claro que, ainda que o juiz persiga em sua decisão os ideais de justiça, de bondade, de generosidade, ele não pode desatrelar-se das normas técnicas, pois, assim como aconteceria se fosse guiado por outros valores outros que levassem a um caminho de maior repressão, estaria caracterizado distanciamento do que exige as normas, bem como estaria evidenciado reprovável grau de arbitrariedade. Portanto, não é porque a decisão vai "beneficiar" o réu que o juiz, nesses casos, pode fazer o que bem entender.

A racionalidade tão almejada no âmbito da decisão penal serve para o controle do poder estatal e está intimamente ligado com a ideia de "respeito às regras do jogo democrático". Quanto mais limitado, mais democrático, mais distante de contornos inquisitórios. Trazendo para um contexto da legislação em si e a exigência de sua taxatividade, afirma Ferrajoli (2002, p. p.83) que o direito penal seria correto e racional quando suas intervenções são previsíveis.

É neste contexto que se enquadra uma discussão acerca do "embate" entre decisionismo e cognotivismo presente na decisão penal. O que vai conferir legitimidade à atuação jurisdicional do magistrado, em um regime democrático, de acordo com Prado (2006, p.74) é a busca, nas suas sentenças, da verdade substancial, através da sua atuação independente e alinhada com as leis constitucionais. O contrário deste cenário desejado seria a atuação decisionista do juiz, baseada tão somente em suas convicções pessoais que são intangíveis às partes. Este decisionismo, uma manifestação vigorosa do poder do magistrado, não é legítimo nem mesmo nas situações em que as decisões se coadunam com o clamor popular, que na maioria das vezes, pede por mais repressão.

O que conferirá legitimidade ao poder jurisdicional, deixa-se claro, é a utilização de mecanismos que afastem os processos penais de decisões arbitrárias, portanto, que imunizem os processos do mal do "decisionismo". O respeito irrestrito a todas as garantias e direitos individuais do acusado, por certo, é barreira para a exacerbação dos subjetivismos que podem ser gerados durante o processo. O tipo de "verdade" traduzida na sentença penal será condicionante do grau de legitimidade de todo o processo. Se ela é passível do controle da população e seu surgimento se deu a partir do respeito ao sistema acusatório, o processo pode ser considerado legítimo (PRADO, 2006, p.74).

A defesa da racionalidade quando da tomada de decisão penal é um mandamento cogente da própria Constituição brasileira. O garantismo de Luigi Ferrajoli serve-nos de

relevante guia para dotar de racionalidade o poder punitivo, bem como desnaturar os seus traços evidentemente inquisitórios.

No que se refere à legitimidade da jurisdição, Ferrajoli (2002, p.433) elabora um dos seus axiomas processuais, destacando uma subdivisão no seu interior. O autor italiano realiza uma divisão entre a jurisdição em sentido estrito e em sentido *lato*. A primeira está intimamente ligada com as garantias processuais e instrumentais. A imposição deste tipo de jurisdição é possível de ser vista em processos penais tanto de matriz inquisitória quanto de acusatória. A segunda vincula-se a uma busca da verdade controlável, busca essa obediente às regras do jogo democrático e respeitadora de todas as garantias do imputado. Este tipo de jurisdição associa-se tão somente aos sistemas acusatórios.

Portanto, percebe-se que o "embate" entre jurisdição em sentido *lato* e jurisdição em sentido estrito não corresponde fielmente ao embate sistema acusatório e sistema inquisitório, mas em verdade, associa-se verdadeiramente ao confronto entre decisionismo e cognitivismo. Para Ferrajoli (2006, p.437) as noções de verificação e refutação das provas (e da Verdade) servem de importantes escudos a serem usados pelos cidadãos para se defenderem de possíveis decisões arbitrárias[105].

O decisionismo é tido como "epistemologia antigarantista", pois remete a um cenário não cognitivo e sim potestativo do juízo e da imposição da pena infligida ao indivíduo. Ele decorre da falta de fundamentos empíricos precisos nas fundamentações das decisões penais[106]. Este subjetivismo pode se revelar através de duas direções: a primeira é a referente às condições pessoais do réu, trazendo à baila os "tipos normativos de autor" e a malfadada "periculosidade social". A segunda direção está ligada ao caráter subjetivo do próprio juízo, que por não ter referências fáticas do ocorrido, utiliza mais das suas convicções e suspeitas do que das provas levadas ao processo. No primeiro caso há análise da "inferioridade da pessoa julgada". No segundo caso há a completa degradação da pretensa busca de uma verdade processual. Portanto, resta evidenciada a natureza autoritária dos sistemas penais que se pautam no decisionismo. Sem uma "predeterminação normativa precisa" dos fatos que devem ser provados, o juiz, na prática, remete muito mais à sua autoridade do que das verificações empíricas (FERRAJOLI, 2002, p.36-37).

[105] Aqui há mais uma vez a necessidade de se reforçar que as decisões endossadas (ou até mesmo tomadas) pela maioria da população não são garantias para o acusado.
[106] E não só das decisões, mas até mesmo da construção da legislação a ser aplicada em sede criminal.

Em relação à racionalidade que permeia o ideal garantista, tem-se que os princípios que o fundam são frutos do pensamento iluminista, principalmente a noção de legalidade estrita (FERRAJOLI, 2002, p.80). O poder judiciário pode ser visto como um conjunto de espaços decisórios reservados aos juízes. Os vínculos normativos que "racionalizam" e visam diminuir este grau de subjetivismo[107] dependem também de um fator semântico/linguístico (FERRAJOLI, 2006, p.463).

Na construção teórica de Ferrajoli, o rompimento com esta possibilidade de uma atuação judicial completamente sem amarras e que se mostra como mero exercício da potestade do juiz pode ser conseguido através de vínculos que revistam a atuação do magistrado de racionalidade. Neste cenário, os sentidos "para a utilização da razão" são três[108]. O que se será tratado aqui nas linhas que seguirão é o sentido epistemológico, mais afeto à decisão penal tomada pelo juiz. A sua fundamentação deve, necessariamente, estar ligada à juízos de conhecimento e não mera representação da autoridade do magistrado, ou seja, o cognitivismo deve prevalecer sobre o decisionismo. Esta preponderância justifica-se a partir da vontade dos cidadãos de livrarem-se das arbitrariedades dos que detêm o poder[109]. O cidadão só pode ser punido pelo o que a lei prescreve, traduzindo sua importância, enquanto "dispersora da racionalidade", tanto para o controle da atuação do juiz quanto do próprio legislador (que deve criar leis penais precisas e claras).

A manifestação do cariz liberal do princípio da legalidade vem a partir da noção básica de que a lei é um importante limite ao poder punitivo, uma vez que ele só pode punir através e de acordo com a lei. Daí extrai-se uma dupla função interessante: a lei é

[107] Que de forma muito forte vai demarcar o "grau de garantismo" que este sistema desfruta.

[108] Além do sentido "epistemológico", vale se fazer, ainda que breves, referências aos outros dois sentidos. Tem-se o sentido axiológico (razão do direito penal) que está bastante ligado à tarefa do legislador. As figuras delitivas e suas sanções, que dependem qualquer sistema de justiça criminal, impactam de forma decisiva as cifras da criminalidade e as cifras da injustiça. A justificação externa do Direito Penal seria obtida a partir da verificação de normas fora do direito positivo, como são os critérios de justificação moral e política. Já a justificação interna condiz com o sentido Normativo emprestado à razão. Aqui, o Direito penal será justificado internamente, na medida em que seja compatível com os princípios normativos constitucionais de dado país. A título de exemplo, tem-se que com a justificação externa enxerga-se o motivo pelo qual proibir, processar e castigar são atos legítimos. Já a partir da justificação interna, enxerga-se as regras, de direito interno, que justificam as ferramentas válidas de como se praticar estes atos, quais sejam, proibir, processar e castigar (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.41-45). Esta separação que Ferrajoli faz de uma legitimação interna e externa denota sua posição (nitidamente positivista) de separar a moral do Direito. Para ele, o nível de legitimidade externa será tão maior quanto forem maiores os princípios de justiça incorporados nos mais altos níveis do ordenamento jurídico. Já o nível de justiça interna estará alto quanto mais alto for a taxa de correspondência entre normatividade e efetividade destes princípios que foram incorporados (FERRAJOLI, 2002, p.296). Ainda que não seja objetivo do presente texto tratar exaustivamente da separação entre Direito e Moral levada a cabo pelo autor italiano, é necessário expor que os princípios, derivados de concepções morais que são, foram constitucionalizados, portanto, uma carga de "legitimação externa" foi carreada para dentro do ordenamento jurídico (legitimação interna). A partir disso, os críticos do filósofo italiano afirmam dizer que resta muito problemático manter esta separação entre Direito e moral. Ferrajoli afirma que já não é mais possível se verificar esta total separação entre Direito e moral, pelo fato de que a moral influencia os legisladores no ato de criação a lei da norma. Todavia, esta separação ainda resta fundamental para manter a autonomia das legitimações, não podendo, por exemplo, a legitimação interna derivar da externa, logo, o Direito desprezaria as influências morais (PINHO, 2012, p.46). O que Ferrajoli quer, ao manter essa separação, é afirmar que o Direito não pode derivar da moral e vice-versa.

[109] O que tem origem, como visto, na vontade burguesa de não se submeter mais às arbitrariedades levadas a cabo pelos reis absolutistas.

condicionante, pois condiciona a própria existência do delito (enquanto conduta criminalizada). Mas também a lei é condicionada porque só terá validade se estiver alinhada com as diretrizes constitucionais. Portanto, a lei como condicionante (legalidade formal) é dirigida ao juiz, pois ele só pode considerar como crime uma conduta tipificada. Já a legalidade material, a lei condicionada, está vinculada aos legisladores, pois não podem criar leis penais que sejam inconstitucionais (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.106).

O conceito de validade, bem como os de efetividade e vigência merecem especial destaque, pois para Ferrajoli guardam significados distintos. A vigência se resumiria a legitimidade formal, simples existência da norma. A validade diz respeito à compatibilidade da norma como sistema estabelecido pela constituição (trata-se de uma legitimação substancial, portanto). Por fim, a eficácia diz respeito à utilização concreta da norma, a sua produção de efeitos no mundo da vida (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.88-89).

Em complexos ordenamentos jurídicos, é possível fazer juízos de legitimação e deslegitimação das normas, uma vez que neles cada nível pode ser tido como normativo em relação ao nível inferior e fático em relação ao nível superior, revelando algo relevante: o juízo de validade ou invalidade das normas inferiores refletem com precisão no juízo fático de eficácia ou ineficácia das normas superiores vinculadas à sua produção. Quanto mais complexas forem as garantias destinadas aos imputados, maior a possibilidade de que as normas superiores sejam ineficazes e as inferiores sejam inválidas. É importante deixar claro que em um Estado absoluto, portanto não democrático, não há essas antinomias acima descritas, visto que a validade das normas se confunde com a sua vigência (FERRAJOLI, 2002, p.295-296).

Sobre a validade das normas, indica Prado (2006, p.89-91) a importância da superioridade normativa da própria imbricação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e do exame do processo penal como instrumento de garantia, que servem para que a produção do Direito advenha do próprio Direito, portanto, que não se quede em uma análise puramente formal das normas jurídicas (a partir de sua mera vigência) e sim, de sua validade, com a sua conformidade às diretrizes que apontam para o respeito dos princípios constitucionais que tutelam os direitos fundamentais e que se revestem de genuíno conteúdo democrático. A sujeição do juiz não deve estar de acordo com o velho paradigma positivista, mas sim, sujeitar-se apenas à lei que se alinha ao constitucionalmente estabelecido.

Especial relevo ganha a função do juiz nesse paradigma constitucional (garantista), sobretudo porque a vigência não significa mais validade. Para o juiz aplicar uma lei, deve interpretá-la levando em consideração, anteriormente, a verificação de sua sintonia com os preceitos constitucionais. Logo, na sua interpretação deve observar se ela é, além de vigente, válida e extrair apenas estes seus significados válidos. Portanto, já não se está mais nos tempos do "positivismo dogmático" em que o juiz se sujeita à lei de modo acrítico, pelo contrário, atualmente se impõe ao juiz a denúncia das leis inválidas e inconstitucionais (PRADO, 2006, p.96).

Na mesma toada estão Pinho e Albuquerque (2017, p.93) que afirmam que o juiz deve compreender, antes de tudo, os valores constitucionais. Depois disso, verificará o direito inferior, irá compará-lo à constituição, verificar os seus pressupostos formais de vigência e, por fim, verificará se materialmente ele é compatível com o sistema de valores da constituição. Se depois de todas essas tarefas, o juiz se convencer da validade do direito inferior, deve aplicá-lo em um sistema que se pretenda verdadeiramente democrático. Mas, se ao contrário, após estes atos ele verificar que a lei inferior é inválida por distanciar-se da norma de grau superior, o magistrado deve deslegitimá-la e denunciá-la. Esta atuação do juiz, em que ele primeiro "julgaria a lei" para depois julgar o caso concreto, é tida como manifestação de um "positivismo crítico".

Quando a falta de clareza das leis deixa "espaços abertos na legislação inferior", o juiz deve buscar o real sentido daquela norma e fará isso a partir da sua busca no sistema de valores constitucionais. Então, o espaço de "decisionismo" da atuação jurisdicional é limitado pela própria constituição e seus princípios. Evidentemente que diante das lacunas trazidas nas leis inferiores, o juiz não deve decidir a partir de opiniões pessoais (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.95).

Nesta conjuntura, uma questão se impõe: esta decisão do juiz, ainda que se queira que seja racional ao máximo para se evitar arbitrariedades, não seria ainda em parte discricionária? Aqui se tem uma questão nodal ao garantismo de Ferrajoli e que, ao lado da solução proposta por *il maestro*, se apresentará correção "alternativa" a esta problemática, ainda que de forma sintética, posto que o estudo mais acurado da teoria garantista, sobretudo a partir da construção de críticas às suas fragilidades, não são os temas principais desta tese.

Em linhas gerais, Ferrajoli, positivista que é, afirma que sempre existirá certo grau (não suprimível) de discricionariedade nas decisões penais. O autor italiano "aceita" que o juiz sempre estará influenciado pelo ambiente que o cerca, por suas emoções e sentimentos mais íntimos. A questão que se impõe é como controlar este espaço de subjetivismo para que ele não se torne um espaço de arbitrariedade. Para Streck (2010, p.140) as permanências do positivismo e sua consideração da discricionariedade como condição da possibilidade de se decidir faz com que essa pergunta sempre venha à tona: como controlar a decisão? Parece-nos que o positivismo não se preocupa com essa questão.

A opção dada pelo autor italiano aposta na exigência de uma "precisão semântica". A partir desta precisão, havia-se de "fechar sentidos dos textos" através de um rigor semântico extremo quando na elaboração dos tipos penais, tornando-os mais fechados possíveis (aposta ao máximo do princípio da taxatividade) com a finalidade de se diminuir os espaços de discricionariedade, sempre presentes, sobretudo por conta da linguagem "indeterminada" das normas constitucionais. A solução seria, portanto, a criação de uma linguagem constitucional mais precisa e segura (PINHO, 2012, p.104-107).

Esta defesa da "precisão semântica" como forma de se controlar as decisões penais e protegê-las da transformação dos seus inatos espaços de discricionariedade em arbitrariedades, é alvo de críticas. A que se apontará aqui na presente tese é a que, em verdade, essa noção de precisão semântica seria um mito e que a ferramenta adequada para o combate ao decisionismo seria a utilização dos princípios constitucionais.

A linguagem não "prende sentidos", as regras, se encaradas em uma visão puramente positivistas, também não limitam sentido algum. O que serviria para o controle das discricionariedades seriam os princípios. Se a assunção desta precisão semântica vigorasse na prática, por certo, tipos penais como o de "ato obsceno" ou a agravante de "motivo fútil" agregada ao crime de homicídio seriam completamente ilegítimos pois há uma abertura semântica inata a eles. Todavia, este rigor linguístico não parece ser possível, pois não se sabe/conhece qual nível de precisão seria o ideal para que qualquer possibilidade de decisionismo fosse eliminada. Portanto, a teoria do garantismo não teria êxito ao se livrar dos espaços de discricionariedade (PINHO, 2012, p.109-114).

A partir da matriz nitidamente iluminista de suas formulações, da diferenciação proposta entre a legitimidade substancial (validade) e legitimidade formal (vigência) das normas, de afirmar que o juiz só deve respeito às leis compatíveis com o projeto da

constituição, tem-se que a teoria garantista serve de modelo para um controle constitucional das eventuais ilegalidades no exercício do poder (seja ele público ou privado). Em que se pese a inegável relevância da teoria garantista na sua imprescindível tentativa de racionalizar o exercício do poder penal, por estar preso ao paradigma representacional, possibilita o surgimento de mitos. E aqui, destaca-se, por acreditar-se ser o mais relevante, o mito de que a legalidade estrita será a barreira contra a opressão/arbitrariedade. O mito, por exemplo, decorre de uma ingenuidade otimista no que tange ao papel da semântica como limite e barreira de contenção do poder, posto que Ferrajoli acredita que a partir de uma determinada técnica legislativa, é possível combater a "polissemia da linguagem" (CASARA, 2015, p.85)

Ao "apostar suas fichas" no uso dos princípios constitucionais, Pinho (2012, p.115-117) indica que seguindo certas balizas hermenêuticas, é possível realizar este controle da decisão penal que tanto se almeja no seio de um sistema penal democrático (como o delineado no Brasil), posto que a atribuição de sentidos não é discricionária nem aleatória. Pelo contrário, ela é limitada pela tradição que gera uma "expectativa" de sentido. Se o intérprete não pode descobrir com completa acurácia qual seria a vontade do legislador quando da elaboração da lei, por certo que também não pode inventar significados.

Portanto, tem-se que os textos não possuem um sentido fixo, mas já nos dizem algumas coisas, menos por conta das palavras e mais pela tradição a qual este texto está inserido. O intérprete, por certo, também se debruça sobre o texto com as suas próprias expectativas, que com ele serão confrontadas. Este é o movimento circular tão relevante à hermenêutica (PINHO, 2012, p.118).

Em relação ao uso dos princípios, é necessário afirmar que sob o pretexto do magistrado não ser mais mera "boca da lei[110]", os princípios tornaram-se uma zona de ampla abertura interpretativa aos julgadores, que achavam que a partir destas interpretações poderiam desempenhar todo seu viés criativo fazendo com que o judiciário conhecesse um "estado de natureza normativo". Que fique claro, é necessário combater este quadro de "poluição semântica" (STRECK, 2010, p.139), bem como é necessário afirmar que o caráter normativo destes princípios não são "álibis" para a discricionariedade (STRECK, 2010, p.140).

[110] No dizer de Zagrebelsky (2011, p.149-153), "la forma actual de asegurar la autonomía e independencia de los jueces no es más que el perfeccionamento de la aspiración positivista a una aplicación exacta de la ley, es decir, no alterada por influencias de ningún género, llevada a cabo por un cuerpo estatal compuesto de *êtres inanimés* (…) En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo el derecho'"

Para fins de registro na presente tese, Streck (2010, p.150) deixa clara a distinção entre as palavras decisão e escolha, equivocadamente consideradas como sinônimos por muitos operadores do Direito. Para o autor, escolha é um ato de opção sempre que se está diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa "algo maior" do que está ali vivificado pelas circunstâncias. À estas escolhas, o Direito dá o nome de "discricionariedade". Já a decisão ocorre com o "comprometimento com algo que se antecipa". No caso do Direito, o que se antecipa é a "comunidade política construída como Direito". Esta pré-compreensão do intérprete, por certo, não é sinônimo de "mera subjetividade". Esta compreensão é fundamental, posto que é o sentido do Direito dividido pela comunidade política que deve moldar a forma como a decisão deve ser tomada. É a partir deste pressuposto que se pode falar de "respostas judiciais adequadas". Não há decisão que parta de um "nada" de sentido.

Portanto, a decisão jurídica não deve ser entendida como "o processo de escolha entre diversas possibilidades de resolver a questão". Ela deve, sim, ser compreendida como um processo de escolha levado a cabo pelo julgador, que deve formatar a sua interpretação (como sendo a mais adequada) de acordo com o sentido do Direito que é projetado pela comunidade política (STRECK, 2010, p.151).

É preciso "levar os textos à sério", ideia que se encaixa perfeitamente com constituições como a brasileira promulgada em 1988 e assume o papel de "reafirmar a autonomia do Direito". Combater os subjetivismos[111] é mostrar compromisso com a constituição e com toda a legislação democraticamente formulada. Não cabe ao juiz, singularmente e a partir dos seus preconceitos, realizar as "correções morais" da legislação (STRECK, 2010, p.155). O magistrado não deve ser o "senhor dos sentidos". Ele apenas deve se sujeitar às leis.

1.15 A busca pela verdade e a função da prova penal em um sistema penal democrático

[111] Streck (2010, p.157) deixa claro que estas críticas ao subjetivismo não indicam que o judiciário deve, necessariamente, obedecer a qualquer legislação que fira a Constituição, sobretudo nos seus princípios. A crítica, em si, refere-se mais ao que seria denominado de "pragmatismo". E o que seria este pragmatismo? De acordo com Pinho (2012, p.176) na concepção pragmatista, é defendida a ideia de que o juiz inventa o Direito a partir de sua pessoal concepção do que é justo, tendo em mira uma consequência utilitarista da sua decisão. O pragmatismo não rende homenagens à tradição. O Direito não está no passado e a decisão judicial não precisa estar filiada a uma determinada teoria do Direito. A finalidade primordial é sempre a utilidade da decisão tomada, ou seja, o bem-estar da comunidade. Ainda que para isso não se gaste tanta energia na realização da fundamentação. Com base no que foi dito, percebe-se que é dada ao magistrado uma grande liberdade para decidir da forma que quiser.

Correlata a essa discussão sobre o grau de discricionariedade da decisão e a necessidade, para um processo penal constitucional e democrático, de seu controle para evitar o que se chama de "decisionismo", está a questão de qual verdade deverá ser perseguida durante o processo penal. Dependendo de qual seja, o sistema se inclina tanto para o sistema inquisitório ou para o acusatório.

De chofre, é necessário afirmar que o "princípio da Verdade real" tão reproduzido nos manuais de ensino jurídico, também é visto como um mito penal. A busca por esta verdade como correspondência com a realidade serve apenas à projetos políticos dissimulados que são essencialmente inquisitórios.

A Verdade real, de acordo com seu discurso oficial, justifica-se a partir da busca eficaz de provas que serviriam de supedâneo para uma decisão judicial justa e correta. Todavia, para fazer isso, convenientemente busca tentar esconder o fato de permitir ao órgão julgador a própria produção de provas, quebrando nitidamente a condição para sua imparcialidade. Considerar a validade/coerência desta busca é atribuir o ônus de investigar ao próprio magistrado.

O juiz, por certo, quando sai em busca da prova, vai tão somente buscar confirmar a hipótese que já formulou em sua mente em momentos anteriores à decisão e produção probatória. Casara (2015, p.167) indica quais são os motivos que os defensores dessa inserção do juiz na gestão probatória alegam. Basicamente, partem de uma argumentação que o magistrado não deve ser um ente "impassível", que apenas acompanha o desenrolar da relação processual. É justamente para que o juiz não seja um espectador passivo, que se admitiria que ele pudesse "complementar a instrução criminal", determinando as provas que serão produzidas no processo, ainda que para além da vontade das partes.

Desta feita, se a "aplicação correta da lei" é o fim do processo penal, a descoberta da verdade seria o seu "meio". Por isso, as poucas amarras no desenvolvimento da atividade de colheita de provas (e chegada à Verdade) se explicariam pelo fato de que esta Verdade se tornaria o fundamento maior da sentença penal. Por mais temeroso que seja, este tratamento da matéria é o mais defendido pelos atores jurídicos no país, sobretudo por uma questão ideológica, na medida em que pensar a questão da "Verdade" nestes moldes se ajusta plenamente à natureza autoritária da sociedade brasileira (CASARA, 2015, p.168-169). Nas próximas linhas, serão feitas considerações pertinentes especificamente sobre a busca das "Verdade real e verdade aproximativa".

A partir do clássico conceito cunhado por Franco Cordero, Casara (2015, p.170-171) afirma que o juiz, seguindo o estilo inquisitório medieval de atuação, elabora "hipóteses dentro de um marco paranoico" e, na busca incessante por resultados, legitima a tortura que serviria para "estimular os fluxos verbais do acusado", seja ele inocente ou culpado. Neste cenário, é reveladora a obsessão dos órgãos de persecução penal em deter o corpo físico do imputado, para que a partir de sua livre disposição, faça o indivíduo (aqui mero objeto de direito) falar tudo o que sabe sobre o ocorrido. Usando destes mecanismos tão aflitivos contra o imputado, por certo o inquisidor não tem dificuldades de fazer valer a hipótese que anteriormente já havia aderido.

O juízo penal demonstra-se a partir de uma junção de autoridade (*autorictas)* e decisão (*veritas)*. É um "saber-poder" por excelência. Nesta relação, tem-se que quanto maior o poder, menor o saber (manifestando um sistema autoritário/inquisitório/decisionista) e enquanto maior o saber, menor o poder (manifestando um sistema democrático/acusatório/cognitivista). Pensar na Verdade absoluta como correspondência da previsão legal aos fatos e uma atuação judicial como mera "boca da lei" é uma ingenuidade filosófica. No entanto, pode se salvar o seu valor político e teórico, somente se esta Verdade for definida como "modelo limite", nunca plenamente alcançável, mas perfeitamente aproximável e, principalmente, que sejam trazidas à lume todas as condições necessárias para que a verdade relativa/aproximada[112] seja mais ou menos satisfeita (FERRAJOLI, 2002, p.39).

Logo, percebe-se que a busca pela verdade, no âmbito do processo penal, nunca foi abandonada, até porque ela é, inegavelmente, um valor da própria jurisdição, que combina conhecimento e decisão. Isto não se confunde com a noção de que a busca pela Verdade real deve ser o guia/busca maior do desenvolvimento processual (CASARA, 2015, p.176).

A busca pela obtenção da verdade é, sim, compreendida como uma finalidade do processo judicial, independentemente de sua natureza, na imensa maioria dos países de tradição jurídica ocidental (como Portugal e Brasil). A prova, neste contexto, é o idôneo meio para se estabelecer essa verdade, vez que confirma (ou não) os fatos aventados pelas partes em conflito nas suas argumentações e descrições dos fatos (CALHEIROS, 2015, p.65).

[112] Desta verdade aproximada não se pode prescindir na prática judicial, a não ser que se opte, explicitamente, pelos modelos penais decisionistas (FERRAJOLI, 2002, p.40).

Em relação ao conceito de "verdade aproximada/formal", tem-se, primeiramente, que é essencialmente processual, incompleta e fragmentária. Ela pode ser decomposta em duas questões: uma fática e outra jurídica. O que no quotidiano o juiz no âmbito penal declara como verdadeiro é algo semelhante a "o indivíduo cometeu ou não cometeu culpavelmente tal fato descrito na lei como delito". A primeira parte é fática e pode ser comprovada/verificada por provas. A segunda parte é jurídica, pois cabe à interpretação da norma verificar se o fato é ou não definido por ela como delito. Assim, uma proposição é formalmente verdadeira se e somente se, for verdadeira tanto fática quanto juridicamente. Esta elaboração se limita a indicar as condições de uso do termo "verdadeiro" e isto ganha especial relevância a partir do momento em que a palavra pode ser empregada sem necessariamente ter "implicações metafísicas no sentido de correspondência" (FERRAJOLI, 2002, p.40-41).

Este procedimento que deve ser realizado com o fito de se empregar a palavra "verdadeiro" em um sentido distinto da "Verdade Real" liga-se à lição de Prado (2006, p.80) que afirma que o Direito é uma construção humana que deve elaborar condições de justificação das decisões consideradas por ele como válidas, que serão justamente aquelas que guardam legitimidade democrática e respeitem a supremacia dos direitos fundamentais.

A impossibilidade de alcançar um critério seguro para a determinação do que seria a verdade das teses judiciais esposadas perpassa, logicamente, pela ideia de que a Verdade absoluta é uma "ingenuidade epistemológica". A verdade de uma argumentação é sempre uma verdade não definitiva e sim "relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala" (FERRAJOLI, 2002, p.42-43).

Infere Casara (2015, p.177-178) que a Verdade absoluta não tem lugar no "mundo das coisas humanas". Portanto, também não pertence ao mundo do processo. Ela é um mito. A Verdade, dividida entre concepções absolutas e relativas, é uma só[113]. A Verdade como plena correspondência não existe no plano fático. O que existe, no plano fático, é uma verdade aproximativa que surge como resultado de um processo penal democrático e respeitador de todos os limites advindos das garantias individuais impostos ao exercício do poder punitivo. Este conhecimento, portanto, será parcial, posto que não nos é possível, humanamente, "descobrir a Verdade".

[113] Posto que falar de outra verdade (além da tida como correspondência) seria supor que, alguma dessas "verdades" seria não verdadeira. Ora, isto se revela uma grande incoerência.

A despeito destas considerações acerca da "Verdade absoluta", não há que se acreditar que este valor não deve ser perseguido, pois é legitimador do próprio processo. O que se admite, portanto, é a busca de uma "verdade aproximada" alcançada através do processo penal democrático (CASARA, 2015, p.179). Ferrajoli (2002, p.38) afirma que se "uma justiça penal integralmente 'com verdade' constitui uma utopia, uma justiça penal completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade".

A verdade, no processo, está intimamente ligada a ideia de provas. Falar da descoberta desta verdade aproximativa é, obliquamente, falar também das provas e de suas funções no âmbito do processo penal.

Para compreender como o processo judicial pode ser um caminho para a busca da verdade, exige-se que se faça uma análise histórica da evolução dos meios de prova (ainda que para cumprir os objetivos da presente explanação tenha-se que fazer grandes "saltos históricos"), que tiveram conotações e sentidos tão díspares ao longo da história do Direito.

Em um primeiro momento, há de se considerar que a revelação da Verdade era feita através da religião, o que se mostra claro a partir da utilização dos ordálios[114] e dos duelos judiciais como meios de prova. A Verdade seria revelada a partir de um mundo metafísico, com lugar em narrativas ou sinais, o que de acordo com o saber da época era completamente normal e razoável sob aquele "olhar de mundo", ainda que hoje se pense que eram formas completamente arbitrárias e controvertidas de acesso a esta Verdade (CALHEIROS, 2015, p.34-35).

Na baixa Idade Média, a justiça entra mais precisamente na esfera do monopólio do Direito público, excetuando-se os mecanismos de autotutela (sobretudo o recurso à vingança privada). Mas, de forma ampla, já se passava a se desenvolver uma cultura jurídica mais preocupada em "descobrir a Verdade" do que de buscar a sua revelação. Em 1215, o Papa Inocêncio III aboliu o recurso aos ordálios, abrindo espaço para o sistema tarifado das provas (ou sistema de prova legal). Assim, o procedimento inquisitório, ao estabelecer previamente o valor de cada prova (tendo a confissão o valor mais elevado[115]) serve para conferir uma racionalidade tal ao sistema que impedisse a discricionariedade judicial e

[114] Que podem ter chegado a ter um espalhamento geográfico por conta das invasões bárbaras do antigo Império Romano, visto que fazem parte da tradição dos povos germânicos (CALHEIROS, 2015, p.38).
[115] O caráter de "prova suprema" conferido às confissões também será alvo de análise da presente tese quando se tratar da justiça criminal negocial brasileira.

imunizasse o uso das provas em relação aos erros humanos. Portanto, as temáticas afetas às provas dizem respeito tão somente aos legisladores (CALHEIROS, 2015, p.38-39).

Tratando da passagem gradual das lutas ou guerras privadas que marcavam as questões penais, se tem que a ideia de resolução das disputas por conta da afixação de um ajuste entre as partes é de origem germânica, sobretudo por conta do denominado *wehrgeld*, que em linhas gerais, seria uma quantia em dinheiro que o delinquente pagaria para evitar que a vítima se vingasse contra ele (CALHEIROS, 2015, p.46).

Realizando mais um "salto histórico", chega-se na transição do modelo de provas tarifadas para o modelo de livre convicção do juiz. Este segundo modelo não revela um critério positivo "de decisão sobre a verdade" que ocorresse em paralelo ao das provas legais, mas equivale à completa recusa às provas legais "como suficientes para determinar a condenação e a pena" (FERRAJOLI, 2002, p.112). O modelo da livre convicção do juiz é marcado por uma liberdade muito extensa para o julgador formular sua sentença, podendo atribuir o valor que lhe achar conveniente às provas, visto que este valor já não está pré-determinado na lei.

O modelo da livre convicção de provas constitui-se de uma "concepção irracionalista da decisão judicial", pois pauta-se tão somente do subjetivismo do julgador, sendo completamente insondáveis os procedimentos/caminhos mentais que lhe fizeram decidir de determinada forma (CALHEIROS, 2015, p.51).

Para Ferrajoli (2002, p.112) esta transição da "tarifa probatória" para o modelo de livre convicção "correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais". Vale cumprir que, nesses moldes, já não há mais nos ordenamentos jurídicos da atualidade os modelos de "livre convicção do juiz"[116].

É importante, desde já, afirmar que a busca de uma "Verdade como correspondência", inalcançável, sempre serviu para que os sistemas autoritários de governo pudessem se livrar de qualquer tipo de amarras para dotar de força o exercício do poder punitivo estatal. Isso faz com que Calheiros (2015, p.54) afirme que "podemos, pois, concluir

[116] No Brasil, tem-se o modelo da "valoração racional motivada". Mesmo trazendo grande liberdade ao juiz na tarefa de julgar, não significa que ele tem permissão para atuar de forma inteiramente discricionária. Pelo contrário, tem que estar guiado por critérios objetivos e racionais. Sua decisão deve poder ser alvo de uma contestação recursal. O dever de motivação deve atingir, com vigor, o juízo fático que serve como alicerce da decisão tomada (VASCONCELLOS, 2018, p.716).

que existem conexões evidentes entre as concepções adoptadas, em sede de teoria do processo, e de teoria da prova"[117].

Em um sistema acusatório, com os seus inatos limites ao exercício desmedido do poder punitivo estatal, a busca da verdade, a partir do processo, é extremamente diferente da que se manifesta em outros contextos (em que se presume que todos os envolvidos, juntos, estão buscando a mesma resposta). A razão é simples: esta busca, no Direito, não deve ser completamente livre.

Não é livre porque um modelo democrático de processo penal lhe impõe inúmeras condições através das normas jurídicas (além das leis da natureza, por óbvio). Ora, não é admissível, por exemplo, utilizar no processo provas obtidas por meios ilícitos. Mas se formos pensar tão somente na extração da Verdade, as suas utilizações seriam desejadas. Portanto, percebe-se que a busca desenfreada pela "Verdade real", mais uma vez, não deve ser levada a cabo no processo judicial acusatório/democrático, visto que violaria uma série de direitos fundamentais, ressaltando não se admitir em uma democracia, o brocardo que afirma que "os fins justificam os meios" (CALHEIROS, 2015, p.67-68).

A busca de um modelo de Verdade como correspondência, exigiria que "estivéssemos seguros de ter reunido toda a prova relevante, o que é impossível". Como já dito na presente tese, não há que se desprezar que a verdade deve ser uma busca do processo, pois pensar o contrário traria altíssimos custos (CALHEIROS, 2015, p.72).

Desprezar a busca da verdade no processo judicial significa, indiretamente, afirmar que já não há mais sentido falar de "processo justo ou decisão justa". As ideias de verdade e justiça andam sempre muito próximas. Desta forma, afirma-se que a verdade deve, sim, ser buscada através do processo, mas esta seria uma verdade aproximada/processual, que teria, como as "verdades científicas", um caráter relativo e fosse fruto de uma "forma ritualizada de soluções de conflitos". O exame da verdade processual pauta-se nas premissas, até mesmo simples de serem compreendidas, de que existem provas mais fiáveis e menos fiáveis, fatos mais complexos de serem compreendidos e outros simples de se compreender. Abdicar por completo do valor verdade como objetivo do processo seria uma simplificação reducionista (CALHEIROS, 2015, p.74). Assim, a verdade a ser buscada em uma democracia é

[117] Sobre essa conexão, vale fazer referência ao fato de que a mudança gradual de um processo inicialmente acusatório para o inquisitório deveu-se, fortemente, aos inconvenientes que os julgadores tinham em ter que julgarem com base em um lastro probatório pobre, o que desaguava em sentenças frágeis e muitas vezes contestadas. Assim, a "solução" encontrada à época não foi consolidar a estrutura dialética do processo, mas destruí-lo com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz (LOPES JR, 2016, p.149).

relativa, é a possível "em um processo visto como meio de obter uma decisão justa, legal, não arbitrária e realizável na prática, segundo as concretas regras de produção de prova existentes em cada ordenamento" (CALHEIROS, 2015, p.75).

Delineado o "tipo" de verdade a ser buscada em um sistema penal democrático, faz-se necessário tecer algumas considerações em relação às provas penais. Ora, elas não fazem sentido se não tiverem como função precípua a averiguação da verdade. Portanto, encarar a possibilidade de se alcançar a verdade, em um processo judicial, é a única forma de auferir à prova alguma função própria (CALHEIROS, 2015, p.89-90).

A prova é crucial para uma "reconstrução dos fatos" no âmbito do processo penal, através do seu papel de plasmar a congruência entre a acusação e o lastro probatório trazido ao jogo processual pelas partes (VASCONCELLOS, 2018, p.696). Calheiros (2015, p.78) aduz que a única forma de se ter a possibilidade de solucionar a grande problemática de se "reconstituir" um fato passado, é fazê-lo a partir de "indicadores externos cognoscíveis empiricamente".

Há duas correntes majoritárias que tratam de qual seria a função da prova no processo penal: a primeira indica que ela é um meio para a busca da verdade (frise-se, não a Verdade real)[118] e, assim, se teria a construção de uma decisão justa; e a segunda que, questionando a ideia de verdade na relação processual, defende que a prova é tão somente um elemento que serve para o convencimento do julgador, dando um tônus especial ao que seria a "atuação estratégica da atuação das partes" (VASCONCELLOS, 2018, p.698).

A primeira corrente, denominada de "cognitiva racional", indica que, como a verdade a ser extraída não é integral e absoluta, pois sua busca foi condicionada pelo respeito aos direitos fundamentais, tem-se que a sua legitimação não autoriza, de forma alguma, a busca do magistrado por estes elementos probatórios (o que caracterizaria um sistema inquisitorial). O juiz, no seu mister, deve pautar-se pelo cognitivismo e pela racionalidade, não podendo acolher "livremente" qualquer versão que tenha se apresentado no processo. Sua conduta deve ter um embasamento cognitivo/racional. Aqui, a busca pela verdade é calcada em limitações epistemológicas e partem da premissa de uma função racionalista da prova (VASCONCELLOS, 2018, p.699).

A segunda corrente atribui às provas uma outra finalidade, que seria a de verificar hipóteses que haviam de persuadir o julgador. Logo, as provas assumiriam um "caráter

[118] Vasconcellos (2018, p.698) indica que esta primeira teoria é opção majoritária da doutrina jurídico-penal.

narrativo" que servem à "captura psíquica" do magistrado, servindo não para conhecer um fato, mas como argumento persuasivo que fosse pesar significativamente à consciência do juiz no momento da confecção de sua decisão. A missão do julgador não é revelar, através da sua sentença, a verdade dos fatos. E isso se dá através das limitações impostas normativamente e pelo amplo risco à ocorrência de toda sorte de arbitrariedades quando dessa busca pela verdade. Porém, o fato de afirmar que a revelação da verdade não seja sua missão, não significa dizer que ele pode, da forma como quiser, atribuir significados e partir para um subjetivismo extremo (VASCONCELLOS, 2018, p.701). A persuasão/convencimento do julgador não o guarnece de componentes adequados para a sua valoração probatória. Ela pode ser considerada como "condição prática", mas que em si, é insuficiente (VASCONCELLOS, 2018, p.702).

Chega-se à conclusão, portanto, que permitir que o juiz tenha liberdade total na busca da prova em prol da chegada à "Verdade absoluta" constitui um grande "caldo de cultura" propício para arbitrariedades. Todavia, afirmar que ele deve atuar de forma a desconsiderar, por completo, a noção de verdade durante a relação processual também o leva a um cenário de possibilidade de um inaceitável subjetivismo quando da tomada de decisão.

Os princípios republicanos precisam de uma fundamentação para o poder de punir, bem como exigem que ele seja precedido de uma apuração dos fatos, que se dá através da existência de provas e, posteriormente, dos seus exames realizados por um juiz imparcial (PRADO,2006, p.123).

A prova, portanto, deve ser submetida a uma valoração pautada por critérios racionais que permitam o controle jurisdicional da decisão judicial. O simples fato de o julgador admitir uma versão apresentada em juízo não satisfaz a necessidade de um "controle intersubjetivo" da decisão. Esse controle só ocorre se ela possuir alguma conexão com a realidade, ou melhor, se ela é considerada (e aceita) como a mais provável descrição dos fatos imputados ao acusado (VASCONCELLOS, 2018, p.703).

Na busca do equilíbrio que faça com que o processo não seja visto como essa busca ilimitada da "Verdade absoluta", sempre inalcançável, mas também não se distancie por completo do valor "verdade", tão relevante para a concretização do que seria uma decisão "justa", é que se afirma ter a prova penal uma dupla função, que se autolimita.

Neste cenário, portanto, a prova penal deve estabelecer uma conexão cognitiva dos fatos com a decisão, considerando todas as inúmeras limitações que a busca pela verdade sofre ao longo do regular desenvolvimento processual, bem como vai ordenar que o convencimento judicial seja realizado através de "critérios racionais juridicamente legítimos", que devem estar plasmados, explicitamente, na fundamentação da decisão (VASCONCELLOS, 2018, p.705).

Como já dito, a questão da prova penal é fundamental na análise dos sistemas penais e no desvelamento do processo penal brasileiro, que se formalmente está posto como acusatório na Constituição, nos códigos penal e processual penal denotam toda a sua inquisitorialidade que, pautada na tradição autoritária da sociedade brasileira, prevalece sobre "os ares democráticos" que a Constituição (por enquanto em vão) quis trazer.

A questão que se impõe, neste cenário, é compreender os motivos pelos quais as permanências inquisitórias se fazem tão presentes e de forma tão forte na prática judicial criminal *tupiniquim*.

Para Schneider (2014, p.23-24) as razões primordiais são três: a primeira, é a presença de uma vasta legislação infraconstitucional que não se alinha substancialmente à constituição, revelando-se completamente inconstitucional/ilegítima. A segunda razão está no campo da filosofia, ao indicar que as permanências inquisitórias se devem à falta de ruptura, no país, do paradigma da filosofia da consciência e, por fim, o sistema acusatório não estaria consolidado por conta de uma dificuldade de implantação/suficiência dos direitos civis e sociais[119].

Para Casara (2015, p.89) a filosofia da consciência pressupõe a existência de um sujeito que conhece ou quer conhecer e o objeto conhecido ou a ser conhecido. Quando trazida para o campo jurídico, esta filosofia gera um quadro "no qual o intérprete 'fundado' em subjetivismos e voluntarismos, acredita estar autorizado a 'descobrir' o sentido da lei ou a vontade do legislador". O julgador acredita ser o "senhor do texto" e a partir da "apreensão" que faz do objeto, gera um cenário permeado de decisionismos.

Desta feita, a filosofia da consciência se pauta na separação entre sujeito e objeto, mas mais precisamente, na ideia de que o sujeito apreende o objeto em sua forma total. As regras trazidas ao "ambiente referencial metafísico", em regra, não são nada além de

[119] As dificuldades de implantação destes direitos no Brasil, que não passaram efetivamente pela fase de "consolidação" do Estado Social já foram tratadas em tópico anterior da presente tese, motivo pelo qual se fará uma análise mais vigorosa das duas primeiras razões apontadas por Schneider.

construções artificiais que devem ter uma “validade universal”. Neste contexto, engendram as mais diversas teorias que facilitam o surgimento de mitos que servem para lhe dar sustentação. Os mitos, no âmbito processual penal, possuem um caráter instrumental voltado para unificar “à força” a teoria, ainda que os problemas que circundam os casos penais sejam extremamente complexos. Portanto, esta rede de mitos serve para conferir uma ordem de “totalidade e pureza científica à matéria” (CASARA, 2015, p.114-115).

Ainda que exista uma efetiva reformulação legislativa no âmbito penal, de nada adiantará se os intérpretes não se “contagiarem” com uma mentalidade verdadeiramente acusatória e democrática, posto que sempre haverá uma forma dos operadores do Direito interpretarem preceitos democráticos como se autoritários fossem. O Direito promulgado e positivado no Brasil não significa que será aplicado.

A constituição de 1988 delineia, a partir de suas normas cogentes, um processo penal que deve ser visto como genuíno instrumento de concreção de garantias constitucionais. Ele só se legitima se tiver pautado neste preceito da constituição. Na lição de Lopes Jr (2016, p.32-33) em um Estado Democrático de Direito, a constituição constitui a ação do Estado. Por ela deve se pautar completamente as suas ações. Na seara penal, no choque entre as liberdades individuais e o poder punitivo do Estado, não se deve olvidar que, neste embate, o que precisa de legitimação é o poder de punir estatal e não a liberdade individual que decorre diretamente do direito à vida e proteção da dignidade humana.

Como o poder punitivo que deve ser legitimado, é preciso refletir e, sobretudo, questionar esta legitimidade da intervenção estatal, para garantir que a liberdade seja a regra e não a exceção no processo penal. A luta evidente no país (ao menos para os que militam na área) é superar uma tradição autoritária e preconceituosa que dificulta a atribuição de um sentido constitucional às normas penais elaboradas há muitos anos e que surgiram em um governo brasileiro marcado pelas chagas da ditadura e autoritarismo. Não se pode levar a cabo, em um Estado que quer ser democrático, um processo penal que é visto como instrumento a serviço do poder punitivo e que, assim, não desempenha a sua função constitucionalmente prevista de garantidor de liberdades individuais e limitador do exercício do poder. O processo penal é o trajeto legitimado pela constituição para se chegar à pena (LOPES Jr, 2016, p.34-35).

Neste cenário, é inevitável refletir sobre quais são os maiores obstáculos para a consecução deste processo penal de viés democrático. Para Prado (2006, p.115-116) estas

barreiras, preponderantemente, são três: a forte presença da mentalidade inquisitória que só interpreta como positivas mudanças no sistema penal que desaguem em mais punição; a falta de recursos orçamentários necessários para que se refunde estruturalmente o sistema, o que perpassaria pela reforma de muitos prédios, gastos com equipamentos e com pessoal, sobretudo, nas Defensorias públicas e Ministérios Públicos estaduais; e, por fim, a consolidação de um ensino jurídico anacrônico e dissociado da realidade nacional.

O papel de garante atribuído pela constituição ao processo penal não deve ser compreendido, sob nenhuma perspectiva, como um sistema penal que está em "benefício" dos que delinquem, como inúmeros políticos e parte significativa da mídia querem fazer parecer diante de uma plateia que está predisposta a aceitar, de forma acrítica, um discurso de "lei e ordem" alinhado com a permissão de uma utilização sem limites do poder punitivo estatal (desde que os alvos preferenciais sejam "os outros[120]"). Ainda que possa parecer uma obviedade, é importante afirmar explicitamente: a defesa por um sistema acusatório não significa a defesa da impunidade. Trata-se, na realidade, de um sistema que reforça a função das partes e objetiva a consecução de um processo penal adequado a uma democracia (COUTINHO, 2009, p.115).

Realizou-se nesta primeira parte, portanto, uma análise primeiramente da gênese do pensamento autoritário brasileiro, que guarda suas origens no processo de colonização pelo qual o país se submeteu, marcado por todas as mazelas que a escravidão trouxe e que ainda refletem em diversas áreas da sociedade do país, dentre das quais se destaca, por ser objeto

[120] A figura do "outro" aqui trazida diz respeito a qualquer indivíduo marginalizado a partir de uma lógica de dominação e extermínio dos possuidores da força do discurso contra hegemônico, já que atualmente quem pensa de modo diverso é constantemente ameaçado e perseguido. Expandido o tema para uma análise global (ainda que não seja propriamente o objetivo do presente trabalho), é válido afirmar que, a nível mundial, o discurso hegemônico europeu formulou há muito tempo o conceito de "outro". O saber eurocêntrico, tido como verdade a partir de atos tomados por si próprios, se estabelece vigorosamente no que seria a "periferia" do mundo: os territórios colonizados da América, da África e da Ásia que foram alvos (e sofrem com isso até a atualidade) da cobiça, exploração e massacre trazidos pelo colonizador. No âmbito global, são os indivíduos desses territórios colonizados que, mundialmente, são os outros (DUSSEL, 2002, p. 51-76). No que concerne ao exposto pela historiografia hegemônica acerca da modernidade, afirma Dussel (2002, p.71) "Dizer que o dito "contradiscurso" é imanente a modernidade poderia ser aceito se a modernidade fosse definida mundialmente, mas nesse caso deveria incluir a sua alteridade periférica. A modernidade seria: a) hegemónica, b) o mundo colonial periférico dominado, no sistema-mundo, e c) o excluído como exterioridade. De fato, ao se definir a modernidade exclusivamente a partir do horizonte europeu, pretende-se que o dito "contradiscurso" também seja um fruto exclusivo da Europa. Desta maneira, a própria periferia, para criticar a Europa, dever-se-ia europeizar, porque deveria usar um contradiscurso europeu para mostrar a Europa a sua contradição (...)". É desta mirada que se considera os discursos contra hegemônicos, trazidos a partir da periferia do mundo (e por tanto tempo silenciados), fundamentais para que se efetue o necessário "contrabalanço" neste campo de produção científica. É a partir desta necessidade que o filósofo tece considerações acerca da sua construção teórica tida como mais relevante, a Filosofia da Libertação, que pode ser definida como "um contradiscurso, é uma filosofia crítica que nasce na periferia (e a partir das vítimas, dos excluídos) com pretensão de mundialidade. Tem consciência expressa de sua perifericidade e exclusão, mas ao mesmo tempo tem uma pretensão de mundialidade. Enfrenta conscientemente as filosofias europeias, ou norte-americanas (tanto pós-moderna como moderna, procedimental como comunitarista, etc.), que confundem e até identificam sua europeidade concreta com sua desconhecida função de "filosofia-centro" durante cinco séculos. Discernir entre: a) a europeidade concreta (sua própria *Sittlichkeit* europeia), b) a função de "centro" que coube a Europa exercer, e c) a estrita universalidade, produziria um despertar da filosofia europeia de um profundo sonho no qual esteve sumida desde sua origem moderna, já que seu "eurocentrismo" fez, exatamente, 500 anos. Seria necessário ter consciência explícita desse "horizonte" sempre presente do outro colonial, do bárbaro, das culturas em posição assimétrica, dominadas, "inferiores", excluídas, como urna fonte ou recurso (*source*) essencial na constituição da identidade do eu moderno, fonte permanente, co-constitutiva" (DUSSEL, 2000, p.73).

da presente investigação, a área das ciências criminais, cujo histórico da construção de seu caráter seletivo, racista e excludente verificou-se a partir do estudo da construção da estrutura administrativa do recém-criado país e criação do seu arcabouço legal. Para além do exame destas origens "mais remotas", também se tratou do contexto político social em que foram criados os códigos penal e processual penal que ainda vigem no Brasil, contexto este perpassado pelo governo ditatorial de Getúlio Vargas e seu ideário notadamente influenciado pelo fascismo.

Em momento posterior, considerando o período de "redemocratização" do Estado brasileiro, fez-se uma análise, de forma mais ampla, das escolhas tomadas pelo Constituinte brasileiro. Assim, realizou-se análise da democracia, da democracia representativa (a utilizada no país), suas tensões internas, sua (equivocada) compreensão enquanto mera "regra de maioria" e suas relações funestas com o Mercado.

A partir desta exposição geral, tratou-se dos moldes constitucionais conferidos ao sistema de justiça penal no país, que projeta a consecução de um processo penal democrático, portanto, caracterizado pelo respeito irrestrito às garantias e direitos fundamentais de todo cidadão. De forma paralela à exposição do trazido normativamente, se desvelava o real funcionamento das agências punitivas que funciona, não maior parte das vezes, de forma ilegítima sob o prisma constitucional, afinal, há uma incongruência entre a *carta magna* e os *digestos* penais brasileiros, cuja maior evidência é a possibilidade do magistrado invadir a gestão probatória (o que é autorizado em artigos como o 156 e 196 do Código de Processo Penal), caracterizando assim um processo penal inquisitório; e o reconhecimento e proteção de garantias individuais, como o devido processo legal e a presunção de inocência, que demarcariam um sistema acusatório.

PARTE 2

2 DIREITO, NEOLIBERALISMO E ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO: O SISTEMA PENAL COLONIZADO PELO MERCADO

2.1 A relação entre o mercado de trabalho e a atuação do sistema punitivo

A partir das linhas mestras da primeira parte desta tese foi realizado importante recorte: o Brasil, sua democracia e seu sistema penal. Para isso, de forma crítica, se perfez um rico e relevante caminho pela história do país e pela construção do seu arcabouço legal, afinal, como ensinado por Pasukanis (1989, p.39), a única forma de se captar o Direito é o compreendendo como uma categoria histórica correspondente a um regime social determinado.

Como já demonstrado alhures, o código penal de 1890, da primeira república, trouxe pela primeira vez normas que visavam proteger o trabalho e garantiam a reprodução do capital, bem como foi uma legislação que punia condutas como o ócio e a vagabundagem.

Inclusive, afirma Wermuth (2015, l. 1533-1534) que a primeira república e seu sistema penal "sentiam saudades" da "segurança" cultivada nos tempos em que a escravidão era legítima no país. No mesmo sentido está Morais (2019, p.179) ao sustentar que o advento da república, mesmo ocorrendo em um período posterior à abolição formal da escravidão, não rompe com o "ordenamento do escravismo" em seus aspectos sociais, econômicos e culturais.

Com o ato formal de abolição da escravidão, um ano antes da proclamação da república brasileira, não houve a eliminação da fantasia absolutista de controle social total/absoluto. Atualmente, o controle policial ainda existe de forma vigorosa nos espaços em que os descendentes dos antigos cativos africanos moram, atingindo, além deles, também trabalhadores urbanos "quase negros de tão pobres"[121]. Ainda hoje, os políticos, em sua maioria, sentem-se seduzidos a encamparem políticas de "lei e ordem" que trazem consigo um aumento na repressão e violência estatal, mas nunca uma diminuição concreta nos índices de criminalidade (NEDER, 2007, p.184).

Para compreender este cenário que traz a imbricação da ordem burguesa brasileira com a formatação das bases de uma atuação do sistema punitivo que se perpetua até os

[121] Expressão utilizada largamente pelo autor Rômulo Morais em sua obra "o extermínio da juventude negra: uma análise sobre os discursos que mata" já citada anteriormente na presente tese.

dias atuais, mister se faz compreender a antiga e íntima relação entre as demandas do mercado e a atuação do sistema punitivo. Desde já, com o fito de nortear a compreensão do escrito a seguir, faz-se necessário trazer à lume a lição de Cirino dos Santos (2018, p.82) ao afirmar que "a lei funciona como instrumento de classe, produzida por uma classe para ser aplicada contra outra. O sistema de justiça criminal atua como mecanismo de dominação de classe"[122]. Na mesma linha segue Foucault (1989, p.126) ao afirmar que no interior dos tribunais, não é a sociedade inteira que julga o réu, mas uma categoria social encarregada da ordem que sanciona "uma outra fadada à desordem".

Todas as formas de produção tendem a procurar uma forma de punição que seja adequada às suas relações de produção. Específicas formas de punição correspondem a um certo grau de desenvolvimento econômico (RUSCHE, KIRCHEIMER, 2004, p.20). O que há de mais essencial nos interesses do sistema penal é, em verdade, o programa de cada sistema de produção (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.37). De forma ampla, tem-se que o controle social objetiva a disciplina da força de trabalho ativa, o que é importante para a continuidade do sistema de produção capitalista (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.41).

A história da pena é algo muito maior do que o desenvolvimento de um "instituto". Em verdade, acaba por constituir-se da história econômica e social dos meios repressivos reguladores das relações de classe. De forma mais geral, a história da pena é a história das relações entre ricos e pobres. As transformações históricas da pena não advieram de motivações altruístas da sociedade, mas sim, das formas com que os ricos impunham sua ordem social em relação aos pobres (DE GIORGI, 2006, p.38). Portanto, conforme Foucault (1989, p.14), deve-se considerar a evolução das penas mais como capítulos de anatomia política e menos por influências de teorias jurídicas.

Iniciar-se-á pelo feudalismo trazendo à lume que, ante os olhos burgueses, o seu principal problema não residia em suas origens de violência e espoliação, mas sim, sua imobilidade plasmada na impossibilidade de passar algo "de um círculo a outro" através dos atos de aquisição e alienação (PASUKANIS, 1989, p.96-97).

Durante o período feudal, o direito penal funcionava como instrumento de manutenção das hierarquias sociais. Portanto, diz-se que a "preservação da paz" era o

[122] Desde já, cumpre-se necessário trazer uma valiosa lição de Kropotkin (2012, p.31) em que giza ser a prisão possível, porque se conta com um carcereiro que ganha um salário miserável. Se os próprios juízes tivessem que vigiar aqueles que ordena serem aprisionados e executar aqueles a quem comina a pena capital, certamente estes próprios magistrados considerariam irracionais as medidas por si mesmos tomadas.

principal fim deste ramo do Direito e as punições davam-se através da cominação de fianças. Inclusive, em países como França e Inglaterra, o angariamento de recursos financeiros por parte da justiça criminal, foi um dos principais fatores para que ela saísse do campo estritamente privado e se encaminhasse para o setor público. A impossibilidade dos delinquentes pertencentes às classes empobrecidas de pagar estes valores fez com que as fianças fossem substituídas por penas corporais, sendo a prisão considerada uma delas (RUSCHE; KIRCHEIMER, 2004, p.20-25).

Assim, em um sistema de produção pré-capitalista, o cárcere como pena não existe. Ainda que o feudalismo não ignore o cárcere enquanto instituição, o ignora enquanto pena de internamento/privação de liberdade (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.21).

Nestes mesmos sistemas, a situação das classes marginais era definida, sobretudo, por critérios políticos que estabeleciam as formas de exploração do trabalho conforme laços de servidão e dependência pessoal dos trabalhadores subalternos em relação aos mais ricos (DE GIORGI, 2006, p.40).

É no final do século XIV, na Inglaterra, que surgem as primeiras hipóteses de pena carcerária, em um cenário sócio-político em que o sistema feudal já mostrava sinais de sua desagregação. Durante o feudalismo, não havia se concretizado, historicamente, a noção de trabalho assalariado (trabalho humano medido no tempo). As penas, retributivas que eram, buscavam o equivalente do delito em bens como a integridade física ou mesmo o dinheiro (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.21-22).

Quando se fala sobre o cometimento de crimes e a criação de leis penais repressoras, mister se faz a necessidade da seguinte reflexão: é necessário afirmar que, ontologicamente, não há o crime. Na esteira de Cirino dos Santos (2018, p.11), o crime é o que a lei ou a justiça criminal definem como crime. Portanto, mesmo condutas extremamente perniciosas, como a exploração do trabalho ou imperialismo, se não forem criminalizadas, não serão crime. As análises das legislações penais nos remetem a uma conclusão: há uma imensa natureza classista na definição de crime (o que foi devidamente exposto na primeira parte desta tese).

Para que haja criminalização, se depende da natureza do ato e de como é a reação social em relação a ele. Levando-se em conta este processo de criminalização, tem-se que

não é o crime que produz o controle social, mas sim, o controle social que produz o crime[123] (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.19).

Durante o século XIV, a condição de vida da população europeia declinou significativamente, aumentando a população urbana e pobre. Entre os fatores mais importantes que levaram a este cenário, estão a pauperização do solo, a substituição da lavoura pela criação de gado e a criação do sistema de pastagem, que possibilitaram uma intensa exploração das classes subalternas. O aumento dos conflitos sociais no continente europeu, que foi marca do período de transição ao capitalismo nos séculos XIV e XV, levou à criação de leis penais cada vez mais repressoras, cada vez mais dirigidas aos pobres e cada vez mais destinadas à proteção da propriedade (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.28-33).

Os homens expulsos de suas terras a partir da dissolução do sistema feudal não foram absorvidos pela manufatura em sua fase inicial. A rapidez com que esses homens foram colocados à margem da sociedade não correspondeu à criação de postos de trabalho. Desta feita, transformaram-se em mendigos e vagabundos e, como exposto, foram alvos preferenciais de uma legislação sanguinária que eclodiu no final do século XV e início do século XVI (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.35).

Os métodos de punição começam a sofrer significativas mudanças a partir do século XVI, pois se percebeu a possibilidade de se explorar o trabalho dos prisioneiros no interior do cárcere, já que o aumento dos centros urbanos acarretou em uma maior necessidade da produção de bens de consumo (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.43). O indivíduo que passou pela transformação da sociedade camponesa para a sociedade industrial não sofria mais a coação direta do seu Senhor, mas sim, sofria uma coação difusa, a econômica (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.50).

O nascimento da prisão, portanto, se insere na passagem de um regime punitivo que visava destruir o corpo do apenado, para uma forma de punição que visa poupar o corpo como forma de garantir a produtividade do seu trabalho, o que é essencial para a formatação do regime capitalista (DE GIORGI, 2006, p.40).

O principal efeito econômico da prisão é produzir indivíduos moldados para o que seria a sociedade industrial. Com o seu trabalho, o detento ganharia um salário, todavia,

[123] Não é sem razão que a criminalidade "desorganizada", de rua, é percebida com grandíssimo temor pela população, chamando a atenção da mídia e da polícia, enquanto que a criminalidade cometida pelas classes ricas, mais danosa à vida e saúde coletiva, são excluídas das estatísticas oficiais, sendo dificilmente percebidas pela população. O que explica esta distinção é a classe social dos autores dos delitos (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.14).

esta contrapartida pecuniária não teria como função remunerar a produção, mas sim, visaria reformá-lo. Desta feita, o trabalho desenvolvido em instituições disciplinares tem duas basilares funções: a submissão individual e o ajustamento do indivíduo em um aparelho de produção (FOUCAULT, 1989, p.114).

Em virtude da eclosão de guerras no continente europeu no século XVII (como a guerra dos trinta anos), a população de países como Inglaterra e Alemanha declinou e a consequente falta de mão-de-obra fez com que os salários subissem[124] e empresas cerrassem suas portas. O desaparecimento da reserva de mão de obra, sem dúvida, em muito afetou os proprietários dos meios de produção. Assim, a burguesia teve que recorrer ao Estado para conseguir a diminuição dos salários dos trabalhadores. Para isso, utilizaram um sem número de mecanismos que superavam as condições impostas pelo mercado de trabalho, entre eles, medidas que limitavam liberdades individuais (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.44-47).

Assim, este cenário fez com que fosse gestada a ideia de que pobres em condições de trabalho deveriam ser obrigados a fazê-lo. Através da imposição do trabalho se combatia dois enormes problemas: a vagabundagem e o fenômeno do aumento de salários, que havia sido provocado pela escassez de mão-de-obra (DE GIORGI, 2006, p.41-42).

A partir das ideias trazidas pelo *calvinismo,* a burguesia passa a perseguir seus lucros sem que isso a fizesse sentir-se desconfortável com a (péssima) situação social, pois acreditava que esta desigualdade constituía desígnio especial da Providência. O *calvinismo* retirou o caráter pecaminoso da aquisição de bens materiais e atribuiu o fato à vontade de Deus. Essa postura faz com que os burgueses se coloquem como "juízes morais" dos trabalhadores a partir da imposição de hábitos de trabalho como regra de conduta, o que foi fundamental para o fortalecimento do capitalismo moderno (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.63).

Diante da pobreza no continente europeu nos séculos XVII e XVIII, as estratégias de poder são paulatinamente alteradas passando de uma forma negativa de eliminação física do desvio até uma função positiva de recuperação e disciplinamento. Pode-se dizer que, a

[124] É interessante notar que a melhora nas condições de vida do trabalhador urbano fez com que eles, cada vez mais, desistissem de se tornarem soldados, o que muito afetava os exércitos nacionais durante as guerras. Por esta razão, na guerra dos trinta anos, houve a convocação forçada ao serviço militar. Nas guerras coloniais inglesas, optou-se pelo uso de mercenários. Ante a falta de soldados, chegou-se até a utilizar criminosos que cumpriam penas como soldados (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.50).

partir desta mudança, há o gérmen do que se chama atualmente de grande encarceramento (DE GIORGI, 2006, p.26).

O crescimento da industrialização requereu (e requer) uma grande reserva de mão de obra. Desta feita, os governos lançaram mão de várias estratégias para munir os burgueses desta condição de crescimento, como por exemplo: proibir a emigração de trabalhadores, tabelar o salário máximo e promulgar leis que controlassem a vida do trabalhador, trazendo, por exemplo, a proibição da organização da classe trabalhadora, assim restringindo a sua liberdade de associação. Estas reformas estatais se baseavam em uma ideia primordial: as pessoas só são obrigadas a trabalhar quando os salários são baixos, ou seja, um país não poderia prosperar se não contasse com um vasto número de trabalhadores pobres que são forçados a trabalhar para poderem sair da pobreza (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.54-56).

A mendicância era vista, sobretudo na Inglaterra, como uma perda para todo o país, pois era considerada como causa significativa da escassez de mão de obra ao privar a sociedade de potencial força de trabalho. Assim, pensou-se em um "método mais humano" para combater a vadiagem, sendo criadas as Casas de Correção[125], local em que o Estado usaria, com específicos propósitos, os contingentes de mendigos e "vadios" que estariam a seu dispor (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.66-67).

Para Melossi e Pavarini (2019, p.37) "a recusa ao trabalho parece ter sido o único ato ao qual se atribuía uma verdadeira intenção criminosa". De Giorgi giza (2006, p.41-42) que "a reclusão começa assim a ser proposta como estratégia para o controle das classes marginais". Ainda nesta toada, para Menegat (2015, p.122) não há mais eloquente assujeitamento imposto pelo capital do que a disciplina para o trabalho ensinada nas casas de correção.

Neste sentido, é necessário não perder de vista que o Direito configura um sistema de relações que correspondem aos interesses das classes dominantes e protege estes interesses através da violência organizada/institucionalizada (PASUKANIS, 1989, p.53). Especificamente em relação às ciências criminais, o mesmo autor afirma que "a burguesia assegura e mantém sua dominação de classe através do seu sistema de direito penal oprimindo as classes exploradas" (PASUKANIS, 1989, p.151).

[125] Para Melossi e Pavarini (2019, p.63) é muito difícil se distinguir os desenvolvimentos das Casas de Correção e as *workhouses*. Os mesmos autores afirmam que os dois termos foram aplicados, indiscriminadamente, para descrever a mesma realidade (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.164). Desta feita, na presente tese, serão tratadas basicamente como sinônimos.

Desta feita, os mendigos e vadios passam a ser internados por serem vistos como passíveis de constituir um grupo que as nascentes tecnologias poderiam transformar em "sujeitos úteis"[126], isto é, em força de trabalho. O Estado se organiza para combater qualquer tipo de dissipação de corpos, energias e recursos, almejando uma gestão racional das forças produtivas. Este modelo de organização social disciplinar acompanha todo o processo de desenvolvimento industrial e atinge seu ápice no *Fordismo* (DE GIORGI, 2006, p.27).

A intenção primordial das Casas de Correção constituía-se em um arranjo entre as atividades das casas de assistência aos pobres, oficinas de trabalho e instituições penais. Pode-se dizer que estes ambientes visavam a transformação do mendigo em alguém "socialmente útil" através do trabalho[127]. Acreditava-se que, após o período trabalhando no cárcere, este indivíduo, em liberdade, seria absorvido pelo mercado de trabalho. O trabalho destes internos era aproveitado tanto pelo Estado quanto por entes privados. Onde havia arrendamento a um particular, percebia-se com (mais) clareza o interesse econômico no trabalho dos apenados, bem como a deterioração das suas condições para efetuá-lo (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.69-71).

A penitenciária se consolida como instituição subalterna à fábrica, pois surge como mecanismo que visa atender as demandas da produção industrial. A estrutura das penitenciárias não pode ser compreendida (tanto ideologicamente quando organizativamente) desatrelada dos locais de produção. É a disciplina para o trabalho que realiza a mediação entre o cárcere e a fábrica. É na prisão que será forjada uma massa de indivíduos que devem seguir ordens e interiorizar uma concepção capitalista de tempo como medida de valor[128] e espaço como delimitação do espaço de trabalho. Essa "formatação" da figura do apenado é fundamental para que seja extraída a sua mais-valia, sendo o único "ensinamento" que os burgueses querem propor aos delinquentes (DE GIORGI, 2006, p.44-

[126] Cirino dos Santos (2018, p.15-16) giza que a criminologia correcionalista se caracteriza por um paternalismo despótico: homens iluminados são os motores da história, enquanto o povo, ignorante, é apenas uma "massa de manobra". Em compensação, a criminologia radical, cujo um dos principais expoentes é o referido professor, teria como objetivo primordial a extinção das desigualdades sociais em riqueza e poder, indicando que a solução do problema da criminalidade perpassa pela eliminação da exploração econômica e opressão política de classe (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.36). Esta criminologia radical sugere, enquanto política criminal alternativa, a penalização dos crimes cometidos, na maioria das vezes, pelos grupos dominantes, como o abuso do poder político e práticas antissociais em áreas como a de saúde pública e ecologia e a despenalização de delitos muito associados às classes empobrecidas, tais como crimes de bagatela e os associados às drogas (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.118).

[127] Para Melossi e Pavarini (2019, p.112) a concepção correcional do trabalho também tem inspiração calvinista ao compreender que os instintos do "homem selvagem" poderão ser domados a partir do trabalho.

[128] Para que a ideia geral de "reparação" do delito pudesse ser feita a partir da privação de um *quantum* de liberdade, foi necessário fazer com que as formas concretas de riqueza social fossem reduzidas a uma forma simples: o trabalho humano medido em tempo (PASUKANIS, 1989, p.159).

45). Para Foucault (1989, p.13) o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo produtivo e submisso.

Ao lado das Casas de Correção, também foram inaugurados orfanatos, escolas e institutos de caridade que procuraram formar "um gênero humano adaptado ao ingresso no trabalho assalariado" (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.113). Para Young (2015, p.229) se a intenção é manter a sociedade injusta e desigual, é preciso treinar, desde cedo, os indivíduos a aceitarem "o mundo como ele é".

Existe a noção de que o trabalho dignifica o homem e a ociosidade lhe seria perniciosa. Contudo, há trabalhos e trabalhos. O ofício do homem livre o orgulha e o faz sentir-se como uma das partes que compõe todo o universo. Já o trabalho obrigatório degrada o homem, por ser feito com desprazer e com a sombra constante que é a possibilidade do aumento de sua pena. Este trabalho que é trazido ao prisioneiro, dentro do cárcere, é uma vingança promovida pela própria sociedade (KROPOTKIN, 2012, p.14).

Para Melossi e Pavarini (2010, p.265-266) o objeto da liberdade contratual do proletário não deixa de ser a perda de liberdade por um *quantum* de tempo. A essa perda de autonomia do trabalhador faz frente o poder disciplinar do empresário. O mesmo aconteceria na pena carcerária, cujo objeto é, de certa forma, uma privação de tempo que deverá ser vivido com sujeição. Portanto, se o trabalho subordinado é uma coação, a pena carcerária seria o nível mais alto desta coação, sendo a fábrica, para o operário, como um cárcere (enquanto privação de liberdade e existência de subordinação) e o cárcere, para o encarcerado, como uma fábrica (enquanto sujeição a trabalho e disciplina).

A possibilidade de auferir lucros era fator decisivo para a constituição de uma Casa de Correção[129]. Os internos recebiam uma porcentagem do que produziam, todavia, ao menos na Inglaterra, a criação destas Casas não levou à esperada diminuição da pobreza. É preciso tornar hialino um aspecto: a política institucional das Casas de Correção era parte de uma estratégia para o desenvolvimento do capitalismo, não foi resultado de uma postura que visava ajudar os desvalidos[130]. Estas Casas eram manufaturas que visavam a produção a baixo custo através de mão de obra bastante barata e assim, de forma geral, o Estado

[129] Ainda que a possibilidade de se auferir lucro tenha sido algo importante para a criação das Casas de correção, Melossi e Pavarini (2010, p.211) afirmam que estas instituições nunca foram células produtivas relevantes, ou seja, não atingiram sua finalidade de criação de utilidade econômica. Contudo, as Casas de Correção tiveram muito sucesso na transformação dos delinquentes em proletários.

[130] As galés, forma de punição já muito antiga, também guardava suas finalidades precípuas na esfera econômica e não tanto na esfera penal. O trabalho forçado nas galés se justificava pela ausência de remadores e não por questões humanitárias. Este trabalho nas galés se configurava como forma racional de se obter a realização de um trabalho que a mão de obra livre não desejava executar (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.88).

enriquecia às custas destas pessoas que estavam sendo “reabilitadas” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.74-80).

É neste cenário que se percebe como os Estados apoiam um capital ainda incerto e que necessitava de proteção. O nascente modo de produção capitalista precisa do poder do Estado, não apenas para regular o salário do trabalhador e submetê-lo a longas jornadas de trabalho, mas também como forma de submeter as colônias (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.60).

Diante degradada forma de se realizar o trabalho no interior do cárcere, indaga Kropotkin (2012, p.15) “que paixão poderia experimentar um preso comum, privado de tudo aquilo que faz amável a vida exterior? Por um refinamento de crueldade, aqueles que criaram as prisões não se esqueceram de interromper toda relação entre prisioneiro e a sociedade”.

Tem-se que a utilização do aprisionamento como uma forma ordinária de punição deveu-se à passagem de um negócio pouco lucrativo para um sistema parcialmente autossustentado financeiramente e. assim, vantajoso para a política mercantilista (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.104).

De acordo com Melossi e Pavarini (2019, p.42-43) durante uma larga quantidade de anos, tem-se que as casas de correção não substituíram, por completo, várias outras formas de punição vigentes. Elas se localizavam em uma posição intermédia entre o que seria uma pena pecuniária simples ou uma leve punição corporal e penas bastante graves, como a deportação e a pena de morte. O que se tem como ponto fulcral é que esta instituição estava orientada a “atender como clientes” um determinado “tipo criminológico”, a figura específica do trabalhador que nasce ao mesmo tempo do capitalismo (e com ele se desenvolve) e que eram direcionados ao trabalho da manufatura em celas ou nos pátios centrais das Casas de Correção.

Afirmam Rusche e Kircheimer (2014, p.111-113) que a paixão da época pelos cálculos e o desejo burguês por segurança jurídica/previsibilidade levou a uma identificação entre matemática e justiça e trouxe à baila a importância da proporcionalidade na cominação das penas. Este respeito à proporcionalidade, inclusive, foi um importante argumento que confrontava a ideia de aplicação das penas capitais. Houve uma atenção especial na construção de uma legislação que reconhecia os diferentes motivos e caminhos para cometer o mesmo delito e para através deles graduar as penalizações.

Tratando-se da gradação das penalizações, tem-se que, nos regulamentos internos das Casas de Correção, a infração mais grave era recusar o trabalho pela terceira vez. Este ato era assim punido severamente pois afrontava o objetivo trazido pelas Casas de Correção, qual seja, preparar os trabalhadores,[131] através do comportamento regrado e da submissão à autoridade, a uma vida laboriosa e honesta (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.46). Através dos hábitos industriosos adquiridos no cárcere, esperava-se que em liberdade os encarcerados buscassem voluntariamente o mercado de trabalho (MENEGAT, 2015, p.90.)

As práticas no interior da prisão são teleologicamente orientadas em três direções: "educação para o trabalho expropriado, educação para o trabalho assalariado como único meio para satisfazer as próprias necessidades e educação-aceitação do próprio não-ser proprietário" (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.232). O poder disciplinar tem como principal função o adestramento. Deve-se adestrar para se apropriar cada vez mais e melhor através de castigos corretivos (FOUCAULT, 1989, p.83). Para Han (2018, p.34) "a negatividade do adestramento é constitutiva para o poder disciplinar e nisso se parece ao poder soberano, que tem como base a negatividade da absorção".

A burguesia favorece a repressão, através da lei, somente quando a sua ordem social está ameaçada[132]. O usufruto das garantias processuais penais, desde há muito, só era (e é) gozado pelos mais ricos, estando os pobres alijados do acesso a estes direitos[133]. Se a lei assegurava a liberdade para os grupos mais ricos, a sua alteração não seria necessária (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.116-118). A relação entre desemprego e encarceramento é mediada pela concepção de que a marginalidade social é um grande risco à ordem hegemônica (DE GIORGI, 2006, p.55).

É interessante notar que, com as manufaturas, mesmo existindo poucas (ou nenhuma) máquina, contando com investimento limitado quase que exclusivamente ao consumo das matérias-primas, a produção era escassa e de baixa qualidade, enquanto que a geração dos lucros era assegurada pela enorme compressão dos salários. A possibilidade deste tipo de produção manter-se no mercado é atribuída ao "caráter protegido" que este tipo de indústria gozava à época (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.44).

[131] A manufatura buscava seus trabalhadores em dois grupos que haviam sido muito prejudicados pelo início do capitalismo: ex-camponeses e ex-artesãos (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.45).

[132] Para Pasukanis (1989, p.76) "o que caracteriza a sociedade burguesa é precisamente o fato de que os interesses gerais se destacam dos interesses privados e a eles se opõem".

[133] Quanto mais a luta de classes se agudiza, mais a dominação de classe tem dificuldades de se cristalizar juridicamente. Assim, o tribunal que deveria ser imparcial e o respeito às garantias penais que deveria pertencer a todos são substituídos por uma "organização direta de dominação de classe" cujas ações são orientadas pela oportunidade política (PASUKANIS, 1989, p.154).

O movimento de reforma do sistema penitenciário, visto de forma ampla, possui maior impulso na segunda metade do século XVII. As Casas de Correção surgem em um período que o mercado de trabalho, sobretudo em relação aos salários, estava favorável à classe trabalhadora. Todavia, a situação havia mudado, a introdução da máquina a vapor causou desemprego, a demanda por mão de obra estava satisfeita e a sociedade contava com um excedente de trabalhadores saíam em busca de empregos (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.125-126).

A chegada da máquina no processo produtivo, o que representou a passagem do sistema de manufatura para o sistema de fábrica propriamente dito, concretiza, na lição de Melossi e Pavarini (2019, p.64), a era de ouro daquele jovem capitalismo e o período mais escuro da história do proletariado.

Os autores Ruche e Kircheimer (2004, p.134-135) infirmam que em virtude do exército industrial de reserva, não era mais necessário disciplinar as classes empobrecidas ao trabalho na manufatura, bem como fora formulada a ideia de que era dever do Estado cuidar dos mais pobres. Como resultados deste cenário tem-se: aumento das taxas de pobreza, aumento nos gastos estatais com assistência social e a revolta da burguesia em virtude destes gastos destinados aos "indesejáveis".

Com a acurácia que lhe é peculiar, Cirino dos Santos (2018, p.61) aduz que "se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, a punição significa trabalho forçado; se a força de trabalho é excedente para o mercado de trabalho, a punição significa o extermínio da mão de obra, a abundância torna desnecessária a preservação".

Com o uso massivo das máquinas nas indústrias, as Casas de Correção caíram em declínio, uma vez que foram encontradas outras formas mais atrativas de obter lucro. Mais e mais pobres são levados ao crime, sobretudo cometendo delitos patrimoniais (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.136). Portanto, a produção de dentro das casas de correção passaram a não conseguir competir com a produção obtida por meio das máquinas no "livre mercado".

É neste contexto que Rusche e Kircheimer (2004, p.146) afirmam que "o cárcere se tornou a principal forma de punição no mundo ocidental no momento em que o fundamento econômico da casa de correção foi destruído pelas mudanças industriais".

O cárcere, enquanto instrumento coercitivo, tem como finalidade tornar nítida a distinção entre o universo dos proprietários e o universo dos não-proprietários. A ordem

social burguesa deve “educar” o não-proprietário a ser um proletário socialmente não perigoso à propriedade (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p.216).

A chegada da máquina na indústria produz a figura do assalariado disponível no mercado de trabalho, formando um “exército industrial de reserva”. Neste contexto, ante o desemprego e a pobreza, a prisão perde seu caráter persuasivo, porque os aprisionados possuíam condições de vida melhores do que a dos desempregados. Para ajustar-se às necessidades do mercado, a prisão torna-se instrumento de terror e tortura (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.66).

Em relação a estes encarcerados, Cirino dos Santos (2018, p.9) afirma que são retirados da classe trabalhadora e não devem ser considerados como o “*lumpemproletariado*”. Pelo contrário, tendem a levar para o cárcere suas experiencias na luta sindical. Segundo Melossi e Pavarini (2019, p.97) as massas populares tinham consciência que o trabalho no cárcere representava grande ameaça ao “trabalho livre”.

Em relação ao discurso oficial e a busca por uma reabilitação do apenado, é relevante trazer a lição de Kropotkin (2012, p.12) que indica ser falso o fundamento de toda a prisão, posto que a privação de liberdade o é[134]. O ato de privar pessoas de liberdade não tem como melhorá-las. O mesmo autor afirma que no cárcere, tudo é realizado no sentido de se limitar a vontade do ser humano (KROPOTKIN, 2012, p.16-17). A alienação da vontade individual é vista como pressuposto para a “docilização” do indivíduo (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.79).

O aumento das condenações judiciais gerou superpopulação carcerária em um cenário que o Estado destinava cada vez menos dinheiro para manter os prisioneiros. Nenhuma nova política penitenciária foi criada após a degeneração das Casas de Correção (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.148). A cruel vida no cárcere, enquanto imagem/símbolo, era propagada como sendo o destino quase que inescapável a quem se recusava ao trabalho, muitas vezes em condições degradantes (MELOSSI; PAVARINI, 2019, p.94)

Um dos pontos chave deste tópico da segunda parte da presente tese é o princípio do *less egilibity*[135] que traz a necessidade de se assegurar que o mais alto limite das despesas destinadas aos prisioneiros seja determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão de vida das classes subalternas da população livre. Desta forma, as

[134] É necessário ressaltar que o que se caracteriza como falso é o discurso oficial. Já o discurso escamoteado atinge seu sucesso, uma vez que tem como função real a reprodução do sistema capitalista. A história das técnicas “corretivas” é uma história do seu “fracasso”, porém, como estas técnicas foram feitas para não funcionarem, alcançam seu sucesso político.

[135] Na bibliografia brasileira, este princípio é chamado por Cirino dos Santos (2018, p.62) de “princípio da eficácia”, posto que “a eficácia da prisão pressupõe condições de vidas carcerárias inferiores às das classes trabalhadoras mais aniquiladas”.

péssimas condições de vida da classe trabalhadora reduziam para um patamar ainda inferior as condições usufruídas dentro do cárcere, para que a pena ainda gozasse de sua função de persuadir o indivíduo a não delinquir (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.153).

No mesmo sentido está De Giorgi (2006, p.39) ao aduzir que no capitalismo, será a condição do proletário marginal que determinará os rumos do "regime de sofrimento legal" imposto àqueles que desrespeitam as leis. Os esforços direcionados a uma reforma da situação do delinquente encontram como limite a situação do mais baixo estrato proletário que a sociedade utiliza como parâmetro para "tratar" quem delinque.

Acerca das condições dentro do cárcere, Kropotkin (2012, p.11) afirma que a prisão retira dos indivíduos todas as suas qualidades que o possibilitam a vida em sociedade. E, assim, uma vez que tenham entrado neste sistema, passariam o restante dos seus dias, indo e voltando ao interior destas "tumbas de pedra" que eram as Casas de Correção.

Os magistrados e legisladores se contentavam com a ideia de que a fome e o trabalho duro fizessem seus papeis: fariam com que não houvesse ninguém que fosse tão pobre ao ponto de não ter medo do cárcere (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.160). O controle do trabalho é produzido pela lei, que garante a propriedade e disciplina o mercado, local em que circularia este trabalhador abstratamente considerado "livre" na sociedade capitalista (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.103).

Como já afirmado anteriormente, com o desenvolvimento da máquina a vapor, não havia mais sentido manter o trabalho manual dentro das Casas de Correção. Neste contexto, os trabalhos que ocorriam dentro destas instituições continuaram a serem executados, todavia, a ele recaiu o caráter de mecanismo de tortura. Os apenados eram forçados ao trabalho por uma questão puramente moral, tendo, na época, sido inventadas inúmeras ocupações puramente punitivas (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.159). Neste cenário, De Giorgi (2006, p.60) afirma que são nos ciclos político-econômicos marcados pelo clima moral punitivo e criminalização das classes empobrecidas que há uma intensificação capitalista sobre a força de trabalho.

O confinamento solitário passa a ser utilizado a partir de 1790. Desde já, cumpre-se indicar que esta experiência se mostrou inexitosa, revelando apenas uma mentalidade autoritária que abandona a procura de um método racional para uma (pretensa) reabilitação do apenado. Esta forma de punir visava, oficialmente, a recuperação do delinquente, mas na realidade significava apenas doença e agonia (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.193).

No final do século XVIII, a Europa experimenta uma melhora na condição de vida das classes subalternas. Com esta melhora, consequentemente, as condições carcerárias melhoraram. A substituição de outras formas de punição pelo encarceramento foi acompanhada, também, por um movimento de diminuição na duração das penas, tendo a superlotação sido resolvida parcialmente com a construção de várias penitenciárias[136]. Contudo, o trabalho no interior das prisões continua sendo um grande problema no sistema carcerário (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004, p.203-204).

Conforme a intelecção de Foucault (1989, p.48-49), nesta segunda metade do século XVIII o maior índice de ilegalidade estava ligado aos crimes patrimoniais, como os roubos e as pilhagens. A razão parece ser simples: a riqueza e a sua desigual distribuição. Neste contexto, as diferenças entre as ilegalidades cometidas impactam diferentemente os "circuitos judiciários": para os roubos, os tribunais cominam castigos; para as ilegalidades de direitos, tais como operações comerciais irregulares e fraudes, os tribunais propõem transações, multas atenuadas, etc.

A reabilitação dos encarcerados, na prisão, é algo que até eles mesmos tinham dificuldade em acreditar, uma vez que não eram destinatários de uma espécie de instrução que possa fazer com que eles se reajustem e possam adequar-se às exigências da sociedade fora do cárcere (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.275). A ausência desta regeneração gera altos índices de reincidência. Neste sentido, Kropotkin (2012, p.10) afirma que quem esteve no cárcere, voltará a ele. Este é quase um axioma.

A prisão não pode "deixar de fabricar delinquentes" e os fabrica a partir da existência a que submete aqueles que saíram das prisões e voltaram à sociedade. Neste momento de reinserção, o indivíduo sofre uma gama de sofrimentos que a lei não ordenou diretamente (ou até mesmo não previu). É neste contexto que, como já afirmado alhures, a reincidência mostra-se tão frequente, sobretudo, pela estigmatização social imposta aos egressos do sistema penitenciário que dificulta sua inserção no mercado de trabalho (FOUCAULT, 1989, p.123).

A partir disto, Rusche e Kirchheimer (2004, p.275) trazem outro ponto fulcral: uma política penal mais severa não produz nenhum efeito sobre a criminalidade que uma política

[136] Penitenciárias essas, Kropotkin (2012, p.7) nos lembra, construídas com o dinheiro advindo do rude trabalho do proletário. Todos os anos, se emprega na manutenção das prisões o produto de milhares de horas de jornada de trabalho dos trabalhadores.

penal liberal não tenha produzido. Ou seja, a repressão penal não conduz ao declínio das taxas de criminalidade, como já afirmado anteriormente nesta tese.

Este ponto, em específico, faz-nos refletir acerca deste contrassenso, uma vez que, mesmo sem um resultado efetivo, o ato de aprisionar indivíduos é uma aposta antiga e ao mesmo tempo atual. Um primeiro motivo para a manutenção desta estratégia já foi delineado, pois o mercado de trabalho e o sistema capitalista exigem que o sistema penitenciário realize certos papéis para que os salários sejam mantidos baixos e os indesejáveis sejam retirados do convívio de quem tem patrimônio.

Contudo, para além deste motivo, Kropotkin (2012, p.7), no final do século XIX, já nos alertava que a sociedade e a imprensa são indiferentes às condições (subumanas) do sistema carcerário. Desde que os presos tenham o que comer, o que beber e muito trabalho, não haveria com o que se preocupar.

Nesta toada, Salo de Carvalho (2015, p.211) afirma que a mídia se constitui de um dos escudos protetores do cárcere, junto de agentes da administração carcerária e criminólogos da "criminologia oficial". O autor brasileiro também giza que a irracionalidade presente na prisão é um dos segredos mais bem guardados, uma vez que se ele fosse relevado à sociedade, o sistema seria arruinado. Na mesma linha está Davis (2018, p.16) ao afirmar que "a realidade do encarceramento permanece desconhecida para quase todos os que não tiveram o infortúnio de cumprir pena".

O cárcere, em sua dimensão simbólica, se reinventa e perdura por tantos anos porque não deixa de ser a representação material de um modelo de produção capitalista industrial que promove a "reconstrução" contínua dos encarcerados: o pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e o prisioneiro se torna proletário (DE GIORGI, 2006, p.45).

Nenhuma das influências do cárcere atuam em um sentido educativo benéfico ao preso. Os indivíduos não possuem contato com uma concepção superior de vida ou moral para fazer-lhes melhores e mais virtuosos do que eram antes de serem aprisionados. A prisão não melhora os encarcerados (dado o elevado grau de reincidência) e não diminui a quantidade de crimes. Assim, não responde aos fins pelos quais foi criada (KROPOTKIN, 2012, p.21). Na mesma toada está Cirino dos Santos (2018, p.24-25) a quem a função terapêutica do cárcere serve para ocultar a finalidade primordial do instituto, qual seja, preservar a divisão de classes no interior da estrutura social.

A produção industrial continua a se desenvolver e se transformar, exigindo o capitalismo novas estratégias de punição. No início do século XX, houve uma tentativa de se racionalizar o processo produtivo a partir da criação, por parte de Henry Ford, da linha de produção. Foi o *fordismo.* Para De Giorgi (2006, p.64), encontra-se em andamento uma transformação da economia que traduz o esgotamento do *fordismo* e a chegada ao *pós-fordismo.*

Para Young (2015, p.23-24), a chegada a uma denominada "modernidade recente" deve ser vista como um movimento que ocorre da saída de uma sociedade inclusiva (típica do Estado social) para uma sociedade excludente[137]. Uma corrente fundamental e bastante conhecida que discute esta passagem, a traduz como sendo a passagem do *fordismo* do pós-guerra, momento de produção de massa, emprego masculino quase total e um mercado de trabalho primário de empregos seguros, para o *pós-fordismo,* momento em que as instituições de trabalho e da família não asseguram mais as trajetórias de vida das pessoas, bem como fortalecem-se tensões entre riqueza, herança, mérito, igualdade e desigualdade de gênero, dentre outras. A economia de mercado trouxe um aumento dos níveis de exclusão.

Esta transição começa a ocorrer já na década de 1970, caracterizada por uma resposta capitalista à insubordinação e descontentamento com o trabalho assalariado que haviam sido trazidos por movimentos revolucionários eclodidos na década anterior. Na década de 80, o barulhento maquinário típico do *fordismo* foi substituído pelas máquinas "inteligentes" e que precisavam da supervisão de um número diminuto de técnicos. Assim, a introdução de novas tecnologias faz com que seja cada vez menor a quantidade de trabalho vivo inserido na produção industrial (DE GIORGI, 2006, p.66-67).

Desta feita, grande fatia de trabalhadores sai das fábricas e se direciona à mercados não regulados, muitas vezes atuando no "limite da legalidade", em que há a forte presença de trabalhos intermitentes, *part-time,* ou seja*,* existe a falta do "emprego" compreendido como trabalho albergado por um conjunto de garantias ao trabalhador (DE GIORGI, 2006, p.68).

[137] Para Menegat (2015, p.150) o fim do Estado de Bem-Estar social representa o término do máximo civilizatório que é possível dentro do capitalismo.

Na grande maioria dos países, de acordo com Wacquant (1999, p.8), a grande luta há de ocorrer contra a desigualdade[138] e a pobreza, ou seja, contra a insegurança social que impele ao crime e normatiza a denominada "economia informal". Seguindo a intelecção do mesmo autor francês, os adeptos da diminuição do Estado providência usam como estratégia a ênfase nesta "flexibilização" das formas de trabalho como sendo vetor de diminuição do desemprego, mas não abordam as terríveis consequências sociais decorrentes disso: a pobreza e precariedade em massa; aumento das desigualdades e aumento da criminalidade, uma vez que "à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal" [139](WACQUANT, 1999, p.49-52).

Até a segunda metade do século XX conseguiu-se criar e assegurar um conjunto de direitos ao trabalhador e a construção de sua cidadania a partir do ciclo trabalho-salário-consumo-cidadania. Todavia, este cenário não é mais possível de se imaginar na atualidade (DE GIORGI, 2006, p.69).

Atualmente, é a vida inteira do trabalhador é submetida ao trabalho. O núcleo da produtividade *pós-fordista* constitui-se de suas faculdades humanas: capacidade de linguagem; faculdade de expressão e invenção; inclinação à comunicação, etc. Estas atitudes, tão valorizadas no capitalismo atual, não ficam restritas ao lugar e aos tempos de um contrato de trabalho que poderia ser chamado de "emprego", a partir da conceituação anteriormente trazida (DE GIORGI, 2006, p.74).

Na passagem para *o pós-fordismo*, há, aparentemente, uma gradual perda da soberania estatal enquanto complexo de estratégias disciplinares da classe operária[140]. É preciso deixar claro, desde já, que instituições como a prisão continuam desempenhando seu papel no controle social, todavia, sua mera existência não deve impedir análise das transformações em curso (DE GIORGI, 2006, p.81-83).

---

[138] Para Young (2015, p.26), esta desigualdade fomenta a violência de rua porque o mercado, ao mesmo tempo que exclui a participação do trabalhador, o estimula enquanto como consumidor. De acordo com autor britânico, é lugar-comum pensar que o crime violento é decorrência da exclusão, mas em sua grande parte também ocorre em função da inclusão (2015, p.32).

[139] Acerca desta correspondência entre Estado social diminuto e Estado penal avantajado, é muito interessante o pensamento de Young (2015, p.87): para ele, a pobreza não gera criminalidade. Este tema não pode ser reduzido a uma simplista ideia de "más condições levam a maus comportamentos". Para o criminólogo britânico, a privação relativa é poderosa causa da criminalidade, ou seja, são os padrões materiais relativos dos indivíduos, comparados uns com os outros, em um sentido de desigualdade de recompensas em relação ao mérito individual. Prossegue o autor (2015, p.124-125) afirmando que a pobreza e a limitação de oportunidade a ela ínsita, não é suficiente para justificar uma taxa alta de crimes. Estas condutas ilícitas só são "normais/esperadas" quando a pobreza é associada à absorção de uma cultura de acumulação monetária como símbolo de sucesso. Desta feita, o crime não advém da pobreza, mas sim, da adesão a uma cultura de individualismo e sucesso.

[140] Para Menegat (2015, p.29) um grande sinal do enfraquecimento dos instrumentos estatais de controle é a formação de grandes corporações multinacionais que suprimem as fronteiras dos Estados-Nação a partir de seus próprios interesses particulares.

A partir das novéis maneiras de exercer domínio, por certo, há, nestes mais modernos tempos neoliberais, uma ressignificação do que é liberdade. Para Han (2018, p.13-14), explora-se a liberdade de uma forma que não nos torna livres, mas sim, explora nossa liberdade. No jogo da livre concorrência, os indivíduos não são livres, livre é o capital que se realiza através das liberdades individuais. O trabalhador torna-se um "empreendedor" que explora a si mesmo. O indivíduo é o senhor e o servo e a luta de classes transmuta-se em um conflito consigo próprio.

Sobre o corpo do trabalhador se materializava o poder ilimitado e destrutivo do soberano. Agora, esses corpos são submetidos a saberes que se constituem de novas formas de controle, entre eles: a criminologia, a psiquiatria e a estatística. A partir do esgotamento do *fordismo*, novas formas da racionalidade do domínio se constituem (DE GIORGI, 2006, p.89).

Enquanto o poder disciplinar se articula com formas inibitórias e não permissivas, ou seja, a partir de negatividades, as técnicas modernas de exercício de poder são flexíveis e argutas o suficiente para escaparem de qualquer visibilidade, posto que na atualidade, o submisso não está consciente de sua submissão. Assim, estas novas técnicas são muito mais eficientes do que o poder disciplinar, pois as pessoas passam a se dominar por si mesmas. Enquanto o indivíduo, antes, apenas se locomovia dentro dos espaços disciplinares de reclusão, atualmente ele não tem sua liberdade oprimida, mas sim, explorada. Esta brutal rigidez de disciplinamento se mostrou inadequada ao período pós-industrial (HAN, 2018, p.26-29).

As lutas ideológicas surgidas a partir do século XX, fazem com que, sinteticamente, as lutas promovidas pelo capital sejam duas: defesa da exploração do trabalho e busca por novas formas de controle social e a consequente subordinação da classe trabalhadora (CIRINO DOS SANTOS, 2018, p.113).

As atuais tecnologias de controle fazem com que tenha se saído do período do "panóptico"[141] e entrado na era "pós-panóptico", em que não seria mais necessário poucos vigiarem muitos para que sejam obrigados a seguirem as regras. Atualmente, estes "muitos" são transformados em "público" que admira estes "poucos", internaliza seus valores e formas de comportamento e, ao final, transformam-se "indivíduos responsáveis e

[141] Melossi e Pavarini (2019, p.70) definem o Panóptico, desenhado por Jeremy Bentham, de uma tentativa ingênua e nunca concretizada de coordenar um sistema punitivo e um controle com "eficiência produtiva".

consumidores confiáveis" (DE GIORGI, 2008, p.93). Para Han (2018, p.21) "a liberdade do cidadão cede diante da passividade do consumidor".

A crise do *fordismo*, muito influenciada pela crise do petróleo na década de 1970[142], traduz uma grande mudança na tendência da época, o alargamento do Estado social. Engendrou-se um quadro de grande aumento do encarceramento, enquanto que havia uma diminuição brusca do amparo social destinado às populações pobres, o que pôde ser visto, principalmente, nos Estados Unidos da América (DE GIORGI, 2008, p.94-96). Para Menegat (2015, p.25), nesta supracitada década do século XX, o capitalismo afirmou seu domínio sobre todas as esferas da vida humana, o que representa seu auge enquanto sistema.

Um exemplo do descrito no parágrafo acima foi a famosa política de "tolerância zero" ocorrida na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América[143], em que as agências punitivas intensificaram sua atuação contra classes mais empobrecidas, cujos membros eram considerados "degradados moralmente" e que se configuravam como ameaça à "qualidade de vida" dos moradores da cidade (WACQUANT, 1999, p.15). Entre as teses trazidas por esta política institucional *ianque* (mas que foi exportada para vários países), está a reafirmação de uma influência moral da sociedade sobre os pobres, para que aprendam a disciplina do mercado de trabalho (WACQUANT, 1999, p.34). Para Young (2015, p.205), a tolerância zero contra a criminalidade deveria ser, em verdade, tolerância zero contra a desigualdade.

A sociedade de mercado gera uma cultura de individualismo que degrada os valores necessários a uma ordem social estável, o que faz aumentar, consequentemente, a criminalidade. Esta criminalidade é tida como uma consequência inevitável de um sistema de livre mercado que tenha tido sucesso (YOUNG, 2015, p.82-85).

O grande paradoxo da penalidade da segunda metade do século XX, está, de acordo com Wacquant (1999, p.4), em tentar remediar, com um Estado policial, um combalido Estado social, sendo que a maior causa de insegurança por parte da população se dá, sobretudo, pela forma como o Estado de bem-estar social está deteriorado. Esta degradação do complexo de amparo estatal social às populações empobrecidas faz com que esta estrutura do sistema penal se torne ainda mais perniciosa em países em que o *welfare state*

[142] É nesta década que se pode afirmar o início do neoliberalismo que, apesar de já ter sido citado neste tópico, será tema do próximo tópico da presente tese.

[143] Conforme Young (2015, p.184), o índice de criminalidade na cidade diminuiu, mas este decréscimo surgiu antes da implantação dos novos métodos de policiamento trazidos pela "tolerância zero". Este mesmo declínio foi experimentado em cidades como Oakland e Boston, locais em que não ocorreram mudanças de policiamento.

não se formatou, bem como em países com pouca tradição democrática. Ora, em ambas as hipóteses, percebe-se que o Brasil se enquadra[144] .

Desta feita, aqueles que antes exigiam um "menor Estado" como forma de favorecer o grande capital, exigem, hoje, um "maior Estado" para mascarar as consequências sociais deletérias da desregulamentação dos direitos trabalhistas e da degradação da rede de proteção social (WACQUANT, 1999, p.13). Assim, tem-se que a atuação estatal, ao mesmo tempo que tenta mostrar à opinião pública uma atuação ostensiva no combate ao crime, tenta se desincumbir de sua obrigação de proteção social (WACQUANT, 1999, p.19). Ao reduzir os conflitos a um problema estritamente penal, o Estado despolitiza-os (MENEGAT, 2015, p.50).

Esta quadra histórica representa a sua forma peculiar de gestão da pobreza através do sistema punitivo estatal. Neste sentido, De Giorgi (2006, p.97) afirma que as novas estratégias penais se caracterizam como dispositivos de gestão do risco e repressão preventiva das populações que, justamente, representam esse risco. Não se trata de anular fatores de "riscos individuais", mas sim, populações inteiras. A gestão punitiva, hodiernamente, caracteriza-se por não ser mais essencialmente punitiva, mas por ser atuarial.

Na tarefa de definir o que seria este atuarialismo, Young (2015, p.76) afirma que se trata de um discurso excludente que busca prever o problema e, posteriormente, isolar e excluir o desviante. Este discurso não está preocupado no crime em si, mas na sua possibilidade. Tem seu foco direcionado a comportamentos antissociais de modo geral, criminosos ou não. Enfim, preocupa-se com qualquer um que perturbe o bom funcionar do sistema. Mais importante que reformar, é gerir. Mais importante do que eliminar o delito, é minimizar os riscos.

Este atuarialismo penal[145] demonstra sua falta de interesse no saber a respeito dos indivíduos em si próprios considerados, mas um total interesse na construção de categorias de individualização, arbitrariamente definidas, baseadas em conceitos como contenção de riscos e periculosidade. Assim, é constituída uma racionalidade pautada em princípios como os de monetarização de riscos e relação custo-benefício (DE GIORGI, 2006, p.99).

[144] Para Wacquant (1999, p.5), a escalada da violência policial no Brasil, que decorre do agigantamento de um Estado policial, deriva de sua tradição escravocrata e de seu histórico de governos ditatoriais, o que foi estudado na primeira parte desta tese.

[145] É necessário salientar que, o que há de novo propriamente, é a relação dos dispositivos securitários com as estratégias de punição em si. Enquanto as técnicas securitárias do *welfare state* eram orientadas para a socialização dos riscos coletivos e promoção da solidariedade, as técnicas atuariais do controle contemporâneo desestruturam interações sociais percebidas como de risco (DE GIORGI, 2006, p.100).

Há uma divisão clara entre os grupos que não representam um risco (grupos mais ricos) e os que representam riscos (grupos mais pobres). Esta fronteira é demarcada por uma série de medidas, entre as quais: planejamento urbano, custo dos bens nas lojas, policiamento ostensivo nas áreas mais ricas, gradeamento das propriedades privadas, etc. Portanto, há uma política de polícia atuarial que calcula, a todo o tempo, o que pode, provavelmente, causar desordem, expulsando assim qualquer sinal inconveniente. Os grupos que são excluídos destas "áreas de proteção" são o "bode expiatório" dos problemas da sociedade: são a subclasse que vive do ócio e do crime (YOUNG, 2015, p.40). À esta exclusão atuarial, acompanha a exclusão do mercado de trabalho (YOUNG, 2015, p.43).

Na regulação dos segmentos inferiores do mercado de trabalho, o sistema penal provoca inúmeras consequências, dentre as quais, irá se destacar duas: a primeira é a diminuição artificial dos índices de desemprego, porque aprisiona inúmeros desempregados (que não contam nas estatísticas oficiais), bem como estimula o crescimento de bens e serviços carcerários, setor em que o trabalho está cada vez mais precarizado por conta do encorajamento dado às privatizações de prisões. A segunda consequência é a produção de um contingente de trabalhadores empobrecidos extremamente disponíveis ao mercado de trabalho. Dada a estigmatização de que são alvos, os ex-prisidiários não podem pretender outra coisa que não trabalhos precários e degradantes (WACQUANT, 1999, p.63-64).

Na intelecção de Young (2015, p.71) "o crime é muito mais disseminado do que sugere o estereótipo do criminoso e o sistema de justiça criminal seleciona 'amostragens' particulares cuja base não é aleatória, mas o próprio estereótipo".

Diante dos tribunais, o desemprego e o trabalho precário, a nível individual, são perversamente considerados pelos magistrados, aumentando em demasia a probabilidade da pessoa (desempregada) ser presa cautelarmente ou receber uma sentença mais pesada. Há uma nítida "sobrecondenação" aos cidadãos marginalizados do mercado de trabalho (WACQUANT, 1999, p.70).

O autor italiano De Giorgi (2006, p.110-111) ao refletir sobre a sociedade disciplinar, aduz que suas tecnologias punitivas agiam no interior da fábrica, no interior das prisões, dos manicômios, etc. Ou seja, havia a delimitação de espaços de controle, o que por certo, permitia a localização da resistência e seu "enraizamento no espaço físico". Contudo, as tecnologias de punição típicas da atualidade atuam às margens da resistência porque estão

inseridas em fluxo de dados[146], estatísticas, ou seja, em um não-lugar, o que torna complicada a capacidade de se opor resistência.

Acerca desta dificuldade de se opor resistência, Han (2018, p.16) chama atenção ao sujeito explorador de si mesmo que não consegue formar um grupo político para o agir comum, pelo fato de que quem fracassa na atual sociedade do desempenho, se culpabiliza enquanto alguém que foi incompetente e não culpabiliza o Estado. Desta forma, o regime neoliberal sufoca qualquer possível emergência de contestação.

Prossegue Han (2018, p.40) ao afirmar que o corpo como força produtiva não é mais tão central quanto na anterior sociedade disciplinar e que ao invés de superar resistências corporais, o sistema, atualmente, tenta otimizar a produtividade dos trabalhadores através de uma otimização mental que o fazem explorarem-se voluntariamente. Assim, de acordo com o mesmo filósofo, o indivíduo reproduz um cenário de dominação (de si) e o interpreta como liberdade.

Esta necessidade da otimização mental/pessoal apenas serve ao bom funcionamento do sistema. Não há uma preocupação com um ideal de boa vida, pois isto não é o que impulsiona o processo de otimização. O que lhe impulsiona é o ideal de sucesso mercantil quantificável e comparável a partir da necessidade de se produzir cada vez mais. Se é destrutiva a violência trazida pela negatividade ínsita ao poder disciplinar, também o é a violência trazida pelo excesso de positividade[147] (HAN, 2018, p.44-48). Esta violência da positividade não pressupõe inimizades, pelo contrário, desenvolve-se em uma sociedade permissiva. Por isso, é invisível (HAN, 2015, p.11).

Há um conceito extremamente funcional para duas temáticas que já foram tratadas na presente tese: o trabalhador que acredita que é livre, mas explora a si mesmo e a noção de recompensa relativa. Este conceito é o de meritocracia. Para Young (2015, p.218-220) “as pessoas devem ter acesso igual ao mercado de trabalho, qualquer que seja a sua idade, classe, gênero ou etnia, mas sua recompensa deve se diferenciada por mérito”. A igualdade formal de oportunidades deve vincular-se à desigualdade substancial de recompensas, havendo algumas exceções, como a situação de idosos e doentes, que devem ser providos

[146] Sobre este intenso fluxo de dados e estatísticas que acabam por ir às mãos do Estado, Han (2018, p.19) afirma que as mídias sociais são os “panópticos digitais”, em que seus internos se expõem livremente e deliberadamente, fazendo um uso ativo de sua própria liberdade. As pessoas entregam seus dados e informações pessoais sem avaliar as possíveis consequências deste ato.

[147] O excesso de positividades introduz a uma era de esgotamento. O preço da exploração da psique humana são as doenças mentais, tão mais comuns hodiernamente, como o *burnout* e a depressão (HAN, 2018, p.46). Para Menegat (2015, p.) o mundo do trabalho se transformou em uma fábrica de horror, marcada pela perda de direitos elementares, a pressão para não perder o seu emprego e o *stress* permanente. Parece claro que, neste cenário, “trabalhar têm feito mal para a saúde”.

pela sociedade. A cultura meritocrática contradiz, por completo, as desigualdades das estruturas de riqueza e oportunidade que existem na sociedade de mercado. O criminólogo britânico afirma que, dia-a-dia, o local de trabalho incute na cabeça do trabalhador a ideia de que a vida é realmente injusta.

Para Bourdieu (1998, p.36) a ideologia da competência convém para justificar uma posição que se aproxima a dos senhores e dos escravos: aqueles de "primeira classe" com amplas capacidades e atividades bem remuneradas e estes, do outro lado, uma massa de pessoas de "segunda classe" destinadas a empregos precários e ao desemprego. Na mesma conclusão chega Menegat (2015, p.26) a quem a ideologia liberal, pautada no individualismo abstrato, que afirma ser possível alguém se subtrair destas condições e prosperar através do esforço pessoal, não encontra mais evidências empíricas.

Como dito, as estruturas típicas do poder disciplinar *foucaultiano* ainda existem na atualidade, contudo, de acordo com Han (2015, p.14), a sociedade formatada no século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas sim, a sociedade do desempenho e da produção. Enquanto a sociedade disciplinar gera loucos e delinquentes, a sociedade do desempenho gera fracassados e depressivos[148]. Para Young (2015, p.41), não são mais as políticas públicas, mas sim, o mercado que é visto como possibilidade de salvação.

Esta nova forma de reação punitiva estatal, neoliberal/pós-fordista, efetiva-se, como já dito, de formas cada vez mais sofisticadas, sobretudo, por estar completamente integrada a programas de assistência social. Desta feita, o que é exposto oficialmente como um maior cuidado dirigido às populações mais pobres, na verdade, desnuda-se em uma maior supervisão sobre estas "classes perigosas" através de instituições como hospitais, agências de empregos e abrigos públicos que sistematizam e cruzam as suas coletas de informações sobre esta clientela do sistema penal para embasar futuras intervenções estatais (WACQUANT, 1999, p.80).

Os *big data* tornam legíveis desejos que nós próprios não estamos conscientes da existência. As pessoas são tratadas como um grande pacote de dados que podem ser explorados economicamente, posto que os hábitos digitais expressam uma medida exata do caráter e, com isso, faz serem mais previsíveis seus comportamentos ante os possuidores destes dados (HAN, 2018, p.85-90). A liberdade prometida a quem usa a internet nunca se

[148] Segundo Han (2015, p.16) "O sujeito de desempenho encontra-se em guerra consigo mesmo. O depressivo é o inválido dessa guerra internalizada. A depressão é o adoecimento de uma sociedade que sofre sob o excesso de positividade".

realiza, é uma falsa promessa. O limite da liberdade passa a depender do algoritmo, que determina quais assuntos serão direcionados a um específico grupo de usuários. Assim, percebe-se que a neutralidade e imparcialidade no ambiente da internet, é impossível (CASARA, 2021, p.187-190).

Neste sentido, deve-se ressaltar que esta estratégica apreensão de informações já existia quando atuação do poder disciplinar, não sendo propriamente uma novidade. Assim, Foucault (1989, p.90) afirma que a individualidade é introduzida em um campo documental que a capta e fixa: o registro intenso de informações é uma peça fundamental "nas engrenagens da disciplina". O indivíduo, no interior deste sistema disciplinar, torna-se um objeto absolutamente descritível, analisável e comparável. A vigilância, logicamente, ampara-se nestes registros.

Sobre a expansão da rede de vigilância, Wacquant (1999, p.53) chama atenção para a expansão da rede horizontal de punição. Assim, um número muito maior de pessoas, além das encarceradas, são vigiadas pelas agências punitivas estatais, estando em situações como as de liberdade condicional, "*sursis* processual", portando dispositivos de monitoração eletrônica, etc. Ou seja, para além dos muros dos cárceres, há uma quantidade enorme de apenados que não aparecem nas estatísticas prisionais, mas são alvo do sistema punitivo.

Para amplas camadas da sociedade, a supervisão correcional já se transformou de um estigma para um fato normal da vida (YOUNG ,2015, p.197). Na atual conjuntura, parece que a única racionalidade epistemologicamente válida aos olhos da classe dominante reduz todo fenômeno social ao determinismo econômico. Assim, as funções do Estado acabam por se reduzir a uma polícia dos detentores do grande capital (MENEGAT, 2015, p.49).

Na projeção de Cirino dos Santos (2018, p.115), as transformações mais modernas do sistema de justiça criminal perpassam por três caminhos principais: aceleração no tempo que o indivíduo fica no sistema; controle não segregado de quem comete delitos leves e, por fim, o controle segregado de quem comete delitos graves.

Depois de fazer com que a pessoa cumpra regularmente a sua pena, as instituições penais ainda realizam a vigilância daqueles que foram condenados através de vários meios, entre eles, a análise das informações colhidas desta população marginalizada. Como já foi exposto, o aumento da repressão não acarreta na diminuição da criminalidade, então, devemos supor que a prisão não suprime delitos, mas sim, serve para distingui-los, distribui-

los e utilizá-los. Estes delitos são organizados a partir de uma tática geral de sujeições. Logo, é hipocrisia acreditar que "a lei é feita para todos" (FOUCAULT, 1989, p.125).

Segundo a intelecção de Wacquant (1999, p.96-99) os "efeitos pauperizantes do cárcere" se estendem para muito além dos muros das prisões posto que desestabilizam, de forma vigorosa, famílias inteiras, bem como bairros submetidos a uma intensa vigilância. Desta forma, as agências punitivas estatais criam um ciclo que se retroalimenta: ao encarcerar pobres, faz-se com que eles mesmos e suas famílias continuem pobres e, consequentemente, também continuem a ser alvos preferenciais das agências punitivas e suas atuações enquanto vetores da "criminalização da miséria". Sobre este ciclo que impõe às classes subalternas uma maior vigilância e uma maior penalização, cumpre-se lembrar que ele não é algo natural, mas sim, resultado de decisões políticas e questões culturais.

2.2 Perspectivas críticas acerca do surgimento do neoliberalismo

Todas estas transformações trazidas nestas últimas páginas do tópico anterior, que perpassam pela constituição de um sujeito atrelado à pura positividade do desempenho, o aumento desmesurado do valor dado ao privado em detrimento do público e as mudanças na forma do atuar do poder punitivo[149], devem ser explicadas à luz deste fenômeno denominado neoliberalismo.

É a partir do fortalecimento desta racionalidade neoliberal que, como se verá a seguir, as regras concorrenciais de mercado se tornam presentes em todas as esferas da vida social, transformando, em uma perspectiva mais geral, a forma como os homens veem a si e seus laços de solidariedade para com a comunidade, bem como modificam seus anseios individuais e suas perspectivas ante seu trabalho, a escola e bem-estar social.

Tratar do neoliberalismo ou até mesmo lhe fornecer uma caracterização única e fechada é uma tarefa extremamente difícil, para não falar impossível. Isso se deve porque o conceito sempre esteve envolto de polêmicas e cizânias, posto que entre seus partidários ele mais era alvo de debates do que de consenso.

Para Casara (2021, p.160) "o significante "neoliberalismo" é utilizado de tantas maneiras que acaba por se tornar uma espécie de conceito guarda-chuva, uma denominação

[149] Poder punitivo este que que é necessário à hierarquização das pessoas em qualquer sociedade. O poder punitivo brasileiro, como já exposto na primeira parte desta tese, foi condicionado por variantes advindas da Europa que manipulava o poder punitivo tupiniquim da maneira que lhe era mais conveniente a cada momento (ZAFFARONI, 2021, p.51-52). Afinal, não parece que a Europa se tornaria hegemônica no sistema global se não houvesse explorado e massacrado os indígenas sul-americanos e os africanos (ZAFFARONI, 2021, p.61).

vaga e imprecisa". Na mesma toada, Brown (2019, p.28) afirma que "o neoliberalismo não tem uma definição estabelecida".

Ainda que se mencione esta dificuldade, questões mais basilares se impõem: quais são suas características principais? O que o termo significa em si? Para Andrade (2019, p.214-216) o estudo da história do termo aponta para uma falta de caracterização nos textos acadêmicos. Não há qualquer definição mais explícita. Todavia, este "conceito frágil" se transforma em uma verdadeira potência, posto que, se referindo a uma ampla gama de fenômenos, os seus significados se complementam. O conceito tem o condão de articular lutas e saberes críticos que se encaixam e fortalecem.

Enquanto teoria político-econômica, o neoliberalismo indica que o melhor bem-estar humano é atingido a partir das liberdades e capacidades empreendedoras individuais em uma sólida estrutura institucional que proteja, sobretudo, a propriedade privada e o livre mercado. O Estado[150] teria que garantir a integridade do dinheiro e proteger, ainda que com o uso da força (funções militares e policiais) o funcionamento adequado dos mercados (HARVEY, 2011, p.12). Para Foucault (2008, p.181), o problema central do neoliberalismo é **"**como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado".

Na presente tese, a abordagem que se fará acerca do neoliberalismo é a de que ele produz certas subjetividades e maneiras de viver, o que se coloca para além das suas interferências apenas em instituições e na política econômica em si, ou seja, para além da análise restrita enquanto política econômica.

Assim, o neoliberalismo constitui-se de uma racionalidade que, de acordo com Dardot e Laval (2016, p.17), é marcada, em sua essência pela "generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação". Na mesma esteira, utilizar-se-á no presente escrito uma definição sintética de neoliberalismo que os autores franceses ensinam em sua obra, qual seja, sendo "o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência[151]**"**.

[150] Na intelecção de Foucault (2008, p.106) "o Estado não é nada mais que o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas".

[151] Santos (2001, p.57) aponta uma relevante diferenciação entre a competição e a concorrência: "Concorrer e competir não são a mesma coisa. A concorrência pode até ser saudável sempre que a batalha entre agentes, para melhor empreender uma tarefa e obter melhores resultados finais, exige o respeito a certas regras de convivência preestabelecidas ou não. Já a competitividade se funda na invenção de novas armas de luta, num exercício em que a única regra é a conquista da melhor posição. A competitividade é uma espécie de guerra em que tudo vale e, desse modo, sua prática provoca um afrouxamento dos valores morais e um convite ao exercício da violência.

Na medida em que se usa o termo “racionalidade”, chama-se atenção para a ideia de mutação de sentido, norma, cultura e de estabelecimento de novos parâmetros do que se torna aceitável ou absurdo (CASARA, 2021, p.30). Logo, é uma programação para o funcionamento da sociedade que introduz tanto um “conjunto de imagens partilhadas” quanto um “conjunto de normas de conduta”, o que demonstra a sua relevância, posto que a hegemonia de certa racionalidade permite uma nova visão do passado e novos projetos para o futuro (CASARA, 2021, p.35-38).

Nenhum modo de pensamento se torna dominante sem a construção de um forte aparato que mobilize sensações, valores e desejos, bem como as possibilidades do mundo social que habitamos. Quando bem sucedido, todo este aparato conceitual passa a estar livre de qualquer questionamento (HARVEY, 2011, p.15). A propagação da “forma empresa” no corpo social é o grande escopo da forma neoliberal. Esta política objetiva fazer do mercado e da concorrência o “poder enformador” de toda a sociedade (FOUCAULT, 2008, p.203).

A história do imperialismo, pode-se dizer, contava com “motores”, cada qual com alcance e força próprios. Havia o motor português, o alemão, o belga, etc. Todos acarretavam, de alguma forma, o avanço do capitalismo, mas possuíam entre si ritmos e modalidades diferentes. Atualmente, percebe-se haver um “motor único” que advém do atual cenário de competitividade estabelecido, é a “mais-valia universal”, que é reanimada a cada avanço de uma empresa visando a disputa pelo mercado consumidor. Assim, esta mais-valia mostra-se enquanto dado empírico usado no processo de produção e como resultado da competitividade (SANTOS, 2001, p.29-31).

A racionalidade neoliberal apresenta-se, como dito, como algo muito maior e mais forte do que uma política econômica, na medida em que acarreta efeitos na vida das pessoas posto que se apresenta como “um todo de pensar” que leva a uma determinada maneira de se exercer o poder (CASARA, 2021, p.44).

Diversas racionalidades podem coexistir e um grande exemplo disso já foi exposto na presente tese: a convivência de um ideal liberal com a escravidão no Brasil. É necessário, desde já, apontar que a gênese da sociedade brasileira, formatada em um caldo de cultura absolutamente autoritário, tornou-se substrato extremamente fértil para que esta racionalidade neoliberal e suas ínsitas cargas de perversidade e autoritarismo pudessem frutificar e causar seus nefastos efeitos ao social (principalmente aos mais pobres). O

neoliberalismo produz concentração de renda e, assim, fortalece as desigualdades (CASARA,2021, p.162). Desigualdades estas que são naturalizadas e que induzem à noção de que os principais responsáveis pela pobreza e pela queda da qualidade de vida das classes mais ricas sejam os próprios pobres (CASARA, 2021, p.304). Para Brown (2019, p.216), o neoliberalismo, ao legitimar as desigualdades, faz com que elas estejam mais evidentes na vida social do que em qualquer outro momento histórico desde o feudalismo.

A escravidão é um fenômeno que ainda condiciona a forma de agir da população brasileira. Mesmo com sua abolição formal (o país foi o último a fazê-lo em todo o mundo!) a ideia de que se pode hierarquizar pessoas por conta do seu valor nunca deixou de existir. Compreender as circunstâncias em que foi "criado" o Brasil, permite refletir sobre esta facilidade com que hegemonias autoritárias conquistam corações e mentes brasileiros. O racismo e o autoritarismo brasileiros, definitivamente, não foram barreiras para o fortalecimento da hegemonia da racionalidade neoliberal no país. Pelo contrário, a racionalidade neoliberal só se tornou hegemônica em *terrae brasilis* condicionando a forma de atuar da população, porque conta com sua aceitação social no que se refere às ideias neoliberais (CASARA, 2021, p.60-62).

Com a intenção de deixar (ainda) mais evidente, tem-se que a demonstração da formatação do Brasil, enquanto substrato convidativo a implantação de formas de pensar e implantação de políticas estatais perversas, excludentes e autoritárias, foi o escopo primordial da primeira parte da presente tese.

Realizadas as bases fundamentais do que seria o neoliberalismo, é necessário tratar de sua construção. A sociedade em que vivemos nos dias atuais foi construída lentamente, sem que seus pioneiros pudessem prever os rumos que a comunidade mundial tomaria.

Por certo, não foi abruptamente que o poder financeiro escapou das rédeas do poder político, para que pudessem exercer, da forma como quisessem, o seu próprio poder a nível mundial. Houve uma sedimentação demorada que contou com a atuação dos atores econômicos privados, mas também de Estados e organizações econômicas mundiais, todos atuando de forma a gerar regras convenientes ao fortalecimento e expansão do mercado financeiro (DARDOT, LAVAL, 2016, p.28). Este fortalecimento gerou o cenário atual: a ilimitação tornou-se regra em um mundo em que tudo e todos podem ser negociados e o outro passa a ser visto como um concorrente a ser destruído (CASARA, 2021, p.23).

Esta ideia de construção paulatina pode sugerir, equivocadamente, que o neoliberalismo é um prolongamento natural da dogmática liberal clássica. Assim como não é uma continuação, pode-se dizer que também não é o seu extravio. Ele simplesmente afasta-se das construções clássicas e não se preocupa mais com a questão dos limites que devem ser impostos ao Estado, mas sim, em como fazer com que a lógica do mercado seja tanto o princípio dos governos, quanto o princípio dos próprios homens em si. É por isso que se diz que o neoliberalismo desenvolve a lógica de mercado a um nível muito generalizado que adentra tanto à lógica do Estado, quanto as íntimas subjetividades de cada um (DARDOT, LAVAL, 2016, p.34).

É interessante notar que a palavra "mercado" tal como significava na Idade Média, era fundamentalmente um "lugar de justiça". E o era a partir de duas lógicas: a primeira, por ser um local regulado por uma legislação estrita. A segunda diz respeito aos preços, que eram considerados tanto pelos teóricos quanto pelos mais práticos, como sendo justo. O que deveria ser assegurado no mercado destes séculos XVI e XVII era a ausência de fraude e a proteção do comprador. A partir do século XVIII ele já passa a ser visto como um lugar "sem jurisdição". Quando se permite que o mercado regule a si mesmo através da "sua própria natureza", o que é chamado de "justo preço", já não guarda correspondência com as conotações de justiça (FOUCAULT, 2008, p.42-44). Para Foucault (2008, p.46), não haveria de se acreditar que se pudesse encontrar a causa da constituição do mercado enquanto "instância de verdade".

A globalização[152], deixa-se claro, não significa uma homogeneização, mas ao contrário, representa o controle do mercado financeiro por um pequeno número de nações dominantes. Esta situação gera, por certo, uma nova definição da divisão do trabalho a nível internacional, reduzindo a autonomia dos mercados de capital nacionais, uma vez que os países mais poderosos lançam mão de estratégias como proibir a manipulação pelos Estados das taxas de câmbio, taxas de juros, essas dominadas por um pequeno número de países poderosos (BOURDIEU, 1998, p.33).

O liberalismo clássico não havia incorporado a lógica concorrencial e o fenômeno da empresa e sua organização interna e formas jurídicas. Aliada a esta espécie de anacronismo da dogmática liberal, somou-se a degradação do ideário da democracia política por conta de escândalos de corrupção, com os políticos sendo autênticos títeres nas mãos dos detentores

[152] Para Santos (2001, p.22) a globalização é "o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista".

do poder econômico (a quem apenas obedeciam) e também a atuação de sindicatos que se opunham ao tratamento inadequado dado aos trabalhadores, sobretudo no que concerne aos salários e formas de trabalho (DARDOT, LAVAL, 2016, p.40-41).

É nesta esteira que se diz, novamente, não ser o neoliberalismo uma "reativação" da economia liberal dos séculos XVIII e XIX, uma vez que agora, o fundamental para o mercado não está na troca, mas sim na concorrência. Como o mercado apenas pode funcionar seguindo a lógica concorrencial, cumpre ao Estado se abster de interferir nesta. Ele deve interferir, no máximo, para evitar a ocorrência do fenômeno do monopólio[153] (FOUCAULT, 2008, p.160-162). Na atualidade, se governa para o mercado e não "por causa" dele, o que subverte este liberalismo dogmático (FOUCAULT, 2008, p.165). O neoliberalismo atua de forma muito dissonante do que dispõe o antigo *laissez-faire*, uma vez que atua em conformidade com a intervenção e vigilância constantes (FOUCAULT, 2008, p.182).

A esfera do social, alvo preferencial das políticas neoliberais, é um campo vital para o significante "justiça", uma vez que as histórias consolidadas em uma determinada região ou civilização são reproduzidas. Quando estes poderes sociais desaparecem, todas as reivindicações críticas advindas deles são colocadas como "lamúrias infundadas". Quando a noção de que o "bem-estar social não existe" é exitosamente introjetada na mente da população, ela faz com que as desigualdades sociais geradas pelos legados da escravidão e do colonialismo se tornem invisibilizados, o que "autoriza" a privação de direitos como educação, habitação e assistência médica (BROWN, 2019, p.53-55). Neste sentido, Nussbaum (2015, p.21) afirma que educadores comprometidos tão somente com questões econômicas não almejam qualquer estudo mais aprofundado de questões como injustiças decorrentes de gênero e de classes sociais.

Profissionais como professores primários, educadores e assistentes sociais são a "mão esquerda" do Estado, os agentes estatais que são ditos "gastadores" e que são, no âmbito estatal, os vestígios das lutas sociais do passado. Eles se opõem ao que seria a "mão direita" do Estado, os burocratas, os bancos públicos e privados (BOURDIEU, 1998, p.7). Esta mão direita, obcecada pelo equilíbrio financeiro, ignora a relevância social da mão esquerda e a confronta ao considera-la exacerbadamente dispendiosa (BOURDIEU, 1998, p.10).

[153] A razão pela qual o monopólio é visto como fator perturbador da economia reside no fato dele interferir na definição dos preços, que é grande mecanismo regulador do ambiente econômico. Uma ação reguladora estatal visará a estabilidade dos preços como forma de se controlar a inflação (FOUCAULT, 2008, p.188-190).

Quando se fala dos custos econômicos para a manutenção das políticas voltadas para o bem-estar social, é imperioso não refletir acerca dos custos sociais das decisões econômicas que clamam pela "austeridade". Qual é o custo social de tantas demissões, suicídios, consumo de drogas, alcoolismo, violência familiar, etc.? Estes custos são pagos em demasiado sofrimento. A política estritamente econômica gera uma violência e sofrimento social que não são mensuráveis por valores em dinheiro (BOURDIEU, 1998, p.33-34).

O fenômeno da globalização se coloca para a maior parte da humanidade como uma "fábrica de perversidades", uma vez que os índices de desemprego, pobreza, fome e desabrigo aumentam em todos os continentes. Estas perversidades guardam origem, principalmente, na adesão desenfreada a comportamentos competitivos (SANTOS, 2001, p.19-20).

O reexame dos dogmas liberais clássicos foi imposto pela eclosão da primeira guerra mundial[154] e as crises posteriores que surgiram em virtude dela. Era evidente que todo o ideário do *laissez-faire* esteve muito abalado por conta de todas as crises sociais e políticas da época que expunham as fraquezas das democracias liberais (DARDOT, LAVAL, 2016, p.57). Claramente, todo este cenário de instabilidade e desequilíbrio do funcionamento do mercado desagua em aspectos absolutamente prejudiciais à sociedade, tais como: inflação, crise de crédito internacional e desemprego. Este cenário revelou a imensa dificuldade da doutrina do *laissez-faire* em conduzir um governo que, ao mesmo tempo que deveria assegurar a prosperidade da população, deveria garantir, também, a ordem social (DARDOT, LAVAL, 2016, p.65-68).

Desta feita, de acordo com Casara (2021, p.86-87), o liberalismo foi superado porque não conseguiu apresentar uma resposta adequada à questão prática da intervenção política nas matérias sociais e econômicas. No atuar liberal, não é possível justificar a atuação do Estado na economia, por exemplo. O capitalismo, da forma como passou a se apresentar, descartou formulações como a "mão invisível" do Estado.

Com a crise do liberalismo[155], houve o fortalecimento de doutrinas de reformismo social e é contra este "sintoma" que o neoliberalismo se impõe, ao tentar impedir qualquer

[154] A crença em um poder governamental fraco, tal como se difundiu com muita força no século XIX, já não conseguia mais se sustentar após 1917 (DARDOT, LAVAL, 2016, p.98).

[155] De acordo com Casara (2021, p.93) "costuma-se apontar a Grande Depressão dos anos 1930 como o ponto de revisão radical da representação e do imaginário liberal."

orientação política que persiga fins como o desenvolvimento de políticas redistributivas, assistenciais e planificadoras, uma vez que, aos olhos neoliberais, concretizá-las levaria a sociedade ao "coletivismo". No ano de 1938, é realizada o que seria uma "Internacional Neoliberal", o denominado "Colóquio Walter Lippman". A função do colóquio, na ideia de Louis Rougier, seu organizador principal, era combater a ascensão dos totalitarismos a partir da síntese de uma atividade intelectual que, à época, estava difusa (DARDOT, LAVAL, 2016, p.74-75). Posteriormente, no ano de 1946 é fundada a Sociedade Mont-Pèlerin, cuja importância na construção do pensamento neoliberal é extremamente relevante (DARDOT, LAVAL, 2016, p.71-72).

Tem-se que o quadro geral do neoliberalismo já havia sido esboçado já na década de 1930, antes que Friedrich Hayek assumisse uma espécie de protagonismo na frente deste movimento. As articulações em torno desta nova proposta para o liberalismo, quando do Colóquio Walter Lippmann e da fundação da Sociedade Mont-Pèlerin, geraram debates extremamente profícuos e diversos, tendo duas correntes de pensamento ganhado mais protagonismo, tendo sido elas: o neoliberalismo americano, encabeçado por nomes como Ludwig Von Mises, Milton Friedman e Friedrich Hayek, que influenciaram de sobremaneira os Estados Unidos da América e o ordoliberalismo encabeçado por Walter Eucken, Alexander Rustow e Wilhelm Röpke que muito influenciou a Europa.

Para Foucault (2008, p.107), a história do neoliberalismo possui dois pontos de "ancoragem": o primeiro, alemão, que se relaciona intimamente com a República de Weimar e o desenvolvimento e crítica do Nazismo e, posteriormente, a reconstrução no pós-guerra; e o segundo ponto de ancoragem, que é o ianque, se "prende" ao *New Deal* e à crítica política do governo de Roosevelt. Para Harvey (2011, p.31) a teoria neoliberal passa a ter respeitabilidade acadêmica a partir da concessão dos Prêmios Nobel para Friedrich Hayek e Milton Friedman.

Em linhas muito gerais, tem-se que os austro-americanos como Hayek, Von Mises e Friedman defendem que a superioridade da economia de mercado reside na ideia de que o indivíduo é o único a definir a finalidade de suas ações, posto que apenas ele sabe o que é melhor para si. Assim, o mercado é pensado enquanto processo de autoformação econômica do indivíduo através de um processo autodisciplinador. Defende-se um autogoverno do sujeito (DARDOT, LAVAL, 2016, p.138-140).

Enquanto isso, os ordoliberais alemães partem de duas ideias fundamentais: o fomento da concorrência como forma de orientar uma "política da ordenação": a intervenção estatal deve fazer com que o indivíduo organize a sua vida, a partir da sua relação com a propriedade privada, sua família, etc.; a sociedade e seus indivíduos, individualmente considerados, passam a objetos específicos da ação política (DARDOT, LAVAL, 2016, p.131-132). Os ordoliberais, apesar de projetar uma economia concorrencial, vislumbram a presença de um intervencionismo no campo social, temporário, com o fito de promover uma renovação institucional que possibilite, no futuro, a revalorização da unidade empresa como agente econômico (FOUCAULT, 2008, p.242). Desta feita, ao contrário dos austro-americanos, os ordoliberais deixam a cargo da própria sociedade a função de limitar as ações humanas[156] (DARDOT, LAVAL, 2016, p.140).

Uma grande inovação do neoliberalismo é passar a compreender o mercado como ordem construída a partir de um programa político estatal, visando sua conservação estável e perpétua. A realidade política, portanto, passa a ser a da invenção de leis e normas indispensáveis à economia e não mais a crença ilusória do caráter "natural" do funcionamento do mercado (DARDOT, LAVAL, 2016, p.82). Este capitalismo concorrencial é tido como uma máquina que precisa de vigilância constante, cujo critério absoluto para a legitimidade desta "intervenção liberal" é o respeito irrestrito às regras de concorrência. Este critério serviria de barreira para a chegada de "políticos demagogos" (DARDOT, LAVAL, 2016, p.88).

Para toda mudança paradigmática, é necessária a apresentação de uma garantia para apaziguar os interesses individuais. Se no absolutismo era Deus, no neoliberalismo a garantia é a proteção do mercado por parte da atuação estatal, afinal, esta racionalidade faz os interesses do mercado serem condicionantes da atuação humana (CASARA, 2021, p.102).

Ao se mencionar a concorrência como fundamento primeiro e mais básico de toda a estrutura neoliberal, quer-se dizer que esta política deve ter a capacidade de alterar, também, a mentalidade das pessoas, posto que em uma economia extremamente dinâmica, os indivíduos devem, como condição de existência, harmonizar, intimamente, a forma como vive com as condicionantes econômicas que irá se submeter (DARDOT, LAVAL, 2016, p.91).

[156] Em virtude do necessário recorte metodológico conferido à esta tese, ainda que se reconheça a relevância dos estudos do ordoliberalismo e do neoliberalismo americano, seu estudo aprofundado não está presente no escopo do presente escrito.

A noção deste homem neoliberal, o homem econômico, parte da premissa de uma simplificação do comportamento humano: devem ser esquecidas as esferas morais, religiosas e políticas do indivíduo, bem como a tradição na qual está inserido e o seu próprio inconsciente (CASARA, 2021, p.68). Para Foucault, esta formatação de homem é o que consiste em seu próprio capital, a figura do empresário de si mesmo (FOUCAULT, 2008, p.311).

Esta adaptação perpétua, que repousa sobre a lógica concorrencial, faz com que cada pessoa tente, a todo momento, superar outras, numa luta permanente por protagonismo e relevância. Este fenômeno se expande na medida em que todos querem imitar os vencedores, os que mais lucram. Afinal, a "liberdade neoliberal" só tem valor se ela permite acessar oportunidades de lucrar (DARDOT, LAVAL, 2016, p.147-148). No que concerne a esta liberdade, tem-se, também, que o seu exercício é tido como muito mais eficaz, posto que exercido por entes privados que conhecem suas próprias necessidades muito melhor que o Estado (DARDOT, LAVAL, 2016, p.197).

Neste cenário, há uma subversão de conceitos fundamentais, como por exemplo, o próprio Estado de Direito material, identificado tão somente com três atributos da lei: a generalidade, a igualdade e sua publicidade. Desta feita, a partir de um pensamento notadamente *hayekiano,* o Estado não deve fazer prescrições com determinados fins aos indivíduos, mas tão somente velar pelo respeito às regras igualmente válidas a todos. O Estado deveria compensar, com a certeza da aplicação da norma, a incerteza inerente à vida do sujeito neoliberal inserido no mercado, o que denota a relevância da ação coercitiva atribuída ao Estado quando da punição às infrações. O uso da força coercitiva do Estado se justificaria a partir do interesse em se garantir a segurança dos agentes econômicos (DARDOT, LAVAL, 2016, p.177-178).

Para Brown (2019, p.23) o neoliberalismo, influenciado pelo pensamento de Friedrich Hayek "é um projeto político-moral que visa proteger as hierarquias tradicionais negando a própria ideia do social e restringindo radicalmente o alcance do poder político democrático nos Estados-nação".

Todas as atividades da vida passam a ser avaliadas a partir de critérios econômicos, a partir de uma redefinição de vocábulos, empobrecimento da linguagem e, principalmente, relativização de direitos fundamentais, o que inviabiliza práticas democráticas. A própria lei, expressão da soberania popular, é colonizada e quando é conveniente aos interesses do

grande capital, é substituída por uma normatividade pautada em cálculos de interesse, uma vez que o Estado se torna um autêntico instrumento de mercado (CASARA, 2021, p.103-104). Os princípios democráticos, sob a ótica neoliberal, são tidos como obstáculos à eficiência do mercado, razão pela qual são constantemente relativizados (CASARA, 2021, p.106).

O Estado neoliberal precisa de um Estado forte que se comporte como árbitro para que as regras do jogo (econômico) sejam respeitadas. Desta feita, percebe-se que os elementos propriamente democráticos não são perseguidos, mas sim, são almejados aqueles que provocam o bom ambiente econômico. Não é por outra razão que Friedrich Hayek pronunciou-se no sentido de preferir um governo ditatorial que respeitasse uma ideologia liberal, do que uma democracia não liberal, uma vez que, para ele a "democracia ilimitada" traria o controle exercido pela "vontade coletiva" (DARDOT, LAVAL, 2016, p.184). O Estado não fica menor, ele apenas se omite quanto ao interesse das populações mais pobres (SANTOS, 2001, p.66).

Nota-se, portanto, a plena possibilidade de convívio entre um governo neoliberal e o autoritarismo, ideia fundamental para as finalidades desta tese. Na lição de Casara (2021, p.158) "o valor intrínseco da democracia sofre uma mutação com o desaparecimento dos limites rígidos ao arbítrio e à opressão". O poder econômico passa a confundir-se com o poder político afastando-se por completo a noção de soberania popular, significativo ideal democrático (CASARA, 2021, p.165).

Anos após a fundação da Sociedade Mont-Pèlerin e a organização do colóquio Walter Lipmann, houve a maturação de todo esse cabedal de ideias neoliberais, em suas diferentes perspectivas e formulações. Na ante sala final do século XX, mais precisamente nas décadas de 1970-1980, os governos de Margaret Thatcher no Reino Unido e de Ronald Reagan nos Estados Unidos da América configuram o triunfo da governamentalidade neoliberal[157], opondo-se duramente ao Estado do bem-estar social através de *slogans* que prometiam obliterar a desaceleração do crescimento e, principalmente, controlar a inflação (tida como problema prioritário[158]) que o regime *fordista* ocasionara (DARDOT, LAVAL, 2016, p.189).

Para Harvey (2011, p.17) a primeira experiência de uma verdadeira "neoliberalização" ocorreu no Chile, depois do golpe militar que colocou no poder Augusto

[157] Na lição de Harvey (2011, p.31) a consolidação do neoliberalismo como ortodoxia econômica ocorreu nos Estados Unidos e Grã-Bretanha no mesmo ano de 1979.
[158] O controle da inflação seria, para Harvey (2011, p.168), o único sucesso sistemático que o neoliberalismo pode reivindicar.

Pinochet. Um grupo de economistas denominados “The Chicago Boys” por conta da adesão às teorias neoliberais propagadas pela Universidade de Chicago, foram convocados a auxiliar na reconstrução da economia chilena. Estes economistas tiveram seus treinamentos e estudos financiados pelo governo ianque desde a década de 1950 mediante um programa que visava neutralizar a influência comunista na América Latina.

Seguindo o já exposto, estes governos traziam o ideal de uma economia livre e um Estado forte, rechaçando a antiga ideia de que o neoliberalismo perpassa pela diminuição da presença estatal. Aqui, o Estado tem um papel de vigia permanente das regras monetárias, jurídicas e comportamentais, para que a concorrência mercantil não seja afetada. Além de todo este “maquinário” afetado para este fim, tem-se também, como consequência desta governamentalidade, a própria constituição da formação de uma nova subjetividade que seja plenamente adaptada às lógicas mercantis. É neste contexto que pode se falar de uma autêntica “estratégia neoliberal” que abarca toda uma gama de “discursos, práticas, dispositivos de poder visando à instauração de novas condições políticas, a modificação das regras de funcionamento econômico e a alteração das relações sociais de modo a impor esses objetivos “(DARDOT, LAVAL, 2016, p.191).

O mundo ocidental mergulha em uma completa neoliberalização, efetivamente, após uma série de verdadeiros experimentos realizados ao redor do mundo, com os ideais neoliberais convergindo enquanto uma “nova ortodoxia” a partir do que passou a se chamar de “Consenso de Washington” na década de 1990 (HARVEY, 2011, p.23).

A “revolução neoliberal” atribuída a Thatcher e Reagan teria que ser instaurada através de meios democráticos. Uma mudança de tal magnitude exigia que se contasse com um consentimento, de ordem política, da maior parte da população, uma vez que as eleições precisariam ser ganhas. Para isso, a formatação de um senso comum foi realizada por muitos anos, fincando raízes em tradições nacionais antigas. O consentimento popular que legitimou a virada neoliberal passou por fortes influências ideológicas que circularam pela mídia[159], pelas grandes corporações e, principalmente, instituições da sociedade civil como universidades, igrejas e escolas. Tudo isso foi muito relevante para a criação de uma opinião pública extremamente favorável ao neoliberalismo. Contudo, não há que se esquecer que em casos específicos não houve uma “conversão pacífica” à doutrina neoliberal e o uso da

[159] De acordo com a lição de Nussbaum (2015, p.53-54) “para evitar que os homens sejam tão influenciados pela cultura da autoridade e pressão coletiva, é necessário criar a cultura da discordância individual”.

força foi utilizado, sendo o golpe de Estado do Chile um exemplo crasso (HARVEY, 2011, p.49-50).

O aparecimento mais evidente deste necessário Estado forte ocorre quando se percebe que, em virtude da concorrência frenética entre as instituições de crédito, elas foram levadas a assumir riscos cada vez maiores para alcançar seus lucros. E só puderam fazer isso pois sabiam que o Estado seria o fiador do sistema como um todo, ou seja, um Estado forte que possibilita a máxima da "socialização dos riscos e privatização dos lucros" (DARDOT, LAVAL, 2016, p.204). O "livre mercado" não existe sem forte intervenção estatal.

Os bancos, quanto mais podem/têm de transferir riscos, mais suavizam suas vigilâncias, o que caracteriza um comportamento desestabilizador para o cenário econômico. A grande dúvida que se impõe é se, a partir da segurança que o Estado promove, os agentes econômicos conseguem autodisciplinarem-se, já que determinadas condutas suas podem afetar de sobremaneira o sistema como um todo (DARDOT, LAVAL, 2016, p.281).

O Estado, no neoliberalismo, coloca-se numa posição de ser o responsável por conferir todo o apoio logístico e de infraestrutura[160] para a atração de oligopólios para seu país/seu território. Desta forma, o ente estatal deixa de ser um regulador de interesses, mas passa a ser um autêntico parceiro dos interesses do grande capital (DARDOT, LAVAL, 2016, p.283). As divisas entre o Estado e os poderes corporativos ficaram cada vez mais porosas e o que resta da democracia tem sido sufocado e/ou corrompido pelo dinheiro (HARVEY,2011, p.88-90). De acordo com o discurso oficial, estas empresas são colocadas como as salvadoras dos locais nos quais atuam, sendo merecedoras de reconhecimento por conta dos empregos que promove. Daí vem a crença nas suas indispensabilidades e suas atitudes, não raro, de chantagens frente ao poder público, que delas se torna subordinado, gerando ingovernabilidade (SANTOS, 2001, p.68).

Apenas a igualdade política garante que a composição e o exercício do poder político sejam autorizados e de responsabilidade de todos. Quando ela está ausente, seja por privilégios políticos, grandes desigualdades econômicas ou sociais, pelo acesso desigual ao conhecimento ou manipulações nos processos eleitorais, o poder sempre será exercido para apenas uma pequena parte e não para o todo. A igualdade política é a própria base da

[160]O que compreende, para Dardot e Laval (2016, p.284) "estrutura de pesquisa, fisco, universidades, meios de circulação, redes bancárias, zonas de residência e lazer para executivos são algum desses bens necessários à atividade capitalista, o que tende a mostrar que a condição da mobilidade do capital é a implantação por parte do Estado de infraestruturas fixas e imóveis".

democracia (BROWN, 2019, p.33), democracia esta que exige uma vigilância constante para obstaculizar que o poder econômico assuma o controle do poder político. A riqueza corporativa nunca deixará de tentar acessar a este poder e uma vez conseguindo, não há limites para as suas práticas em benefício próprio. Para que os ideais democráticos prevaleçam, não se pode autorizar que os mercados governem (BROWN, 2019, p.36-37).

É necessário compreender que o poder econômico de certas empresas tem grandes possibilidades de impactar o próprio poder político de diversos Estados e, nesta relação, o Direito deveria fornecer meios de limitação do poder. Mas, na lição de Casara (2021, p.167) a ausência dessa imposição de limites leva ao afastamento das regras do jogo democrático.

A hipertrofia do mercado financeiro gerou uma "economia sem produto[161]" que está nas mãos dos gestores das grandes empresas que passam a tomar o lugar da política, fazendo dos políticos seus reféns. Como estes executivos não são os reais donos do dinheiro, eles são forçados a rendimentos cada vez mais elevados e em um período cada vez menor de tempo, caso contrário, são sumariamente substituídos. Disso decorre que muitos são despidos de quaisquer escrúpulos morais e legais, transformando o poder financeiro em um local onde está presente a macrocriminalidade organizada (ZAFFARONI, 2021, p.29-30).

Na competição no mercado global, os Estados se unem a empresas e subordinam-se a seus interesses específicos, muitas vezes delegando a estes entes privados a gestão de áreas extremamente relevantes à vida social. Nesta conjuntura, mais do que corrigir eventuais desarranjos do mercado, o Estado deve criar situações de concorrência que privilegiem "os mais aptos" (DARDOT, LAVAL, 2016, p.289). Reitera-se: a concorrência é o grande mote desta racionalidade, desta nova forma de gestão e a liberdade que esta noção emprega é falaciosa, na medida em que a "livre escolha" dos indivíduos é absolutamente desigual, com certa camada da população (a mais rica) gozando de inúmeras vantagens em detrimento de outras mais pobres (DARDOT, LAVAL, 2016, p.303-304).

O Estado neoliberal, completamente dominado por grandes interesses econômicos, é obrigado a lidar com uma população ressentida, com raiva e com inúmeras carências materiais (BROWN, 2019, p.104). Ainda que a concorrência seja este grande mote e a competição seja esta mola mestra da racionalidade neoliberal, é necessário salientar que na realidade, há um fortalecimento do poder oligopolista, monopolista nas mãos de um

[161] Harvey (2011, p.202) menciona que o advento do neoliberalismo celebrou o papel do rentista, assim como cortou o pagamento de impostos dos mais ricos, privilegiou os dividendos e ganhos especulativos em detrimento dos salários.

número extremamente restrito de corporações multinacionais (HARVEY, 2011, p.90). Para Safatle (2021, p.32), esta competição empresarial, em verdade, não é competição alguma, posto que fundada na utilização de formas variadas de suborno, corrupção, cartel e flexibilização de normas.

É nesta conjuntura que surge o que Zaffaroni (2021, p.32) chama de "totalitarismo financeiro" que nada mais é do que "o poder exercido pela macrocriminalidade organizada do Norte, que concentra a riqueza em 1% da humanidade, erigida em oligarquia planetária".

A influência destas políticas neoliberais adotadas no mundo, com maior destaque no Reino Unido e nos Estados Unidos, por certo influenciaram inúmeros outros países, bem como influenciaram a atuação de organismos internacionais, tais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

No período pós segunda guerra mundial, a maior parte do mundo "não comunista" esteve plenamente aberta aos domínios ianques. É neste cenário que o Banco Mundial e o FMI se tornaram os maiores centros de "propagação da ortodoxia neoliberal" e em troca de amortizações em suas dívidas, diversos países endividados tiveram de implementar reformas que perpassavam por cortes nos gastos sociais, leis trabalhistas mais flexíveis e privatizações. Eram os conhecidos "ajustes estruturais", medidas de "austeridade". O México foi um dos primeiros países a sofrerem com eles (HARVEY, 2011, p.38). Em 1994, cerca de dezoito países, dentre eles Argentina, Brasil e Uruguai, aceitaram acordos que previam o perdão parcial de suas dívidas, mas para isso, teriam que submeter-se a reformas institucionais neoliberais (HARVEY, 2011, p.85). Sob o peso de uma dívida que sabem não poder pagar, os países mais pobres presenciam a criação de carências em seus próprios territórios e passam a reconhecer suas situações de plena ingovernabilidade (SANTOS, 2001, p.152).

Na lição de Dardot e Laval (2016, p.198-200) este tratamento dos organismos internacionais provou inúmeros efeitos deletérios nas economias dos países mais empobrecidos, arruinando sua economia local, prejudicando o seu crescimento econômico e aumentando os índices de pobreza[162]. Houve uma pressão do FMI e do Banco Mundial para que estes países abrissem suas economias, com o fito de que fosse estimulada a

[162] Pobreza é mais do que a mera privação, é uma carência constante, cuja afronta reside em sua força desumanizadora (BROWN, 2019, p.61). Para Santos (2001, p.132) "A pobreza é uma situação de carência, mas também de luta, um estado vivo, de vida ativa, em que a tomada de consciência é possível. Miseráveis são os que se confessam derrotados. Mas os pobres não se entregam. Eles descobrem cada dia formas inéditas de trabalho e de luta.

concorrência no mercado global. Neste cenário, não havia como se oporem à vontade do grande capital e se sujeitaram aos mandos dos detentores do grande capital.

É lícito indicar, também, que a passagem ao neoliberalismo acarretou em grande mudança na própria forma de gestão das empresas. Com o aumento da participação de capital estrangeiro na estrutura e propriedades das empresas (muitas, antes, estatais), os objetivos da gestão passaram a ser indicados pelos acionistas. Os gestores, agora também colocados sob muita pressão, precisam a todo custo aumentar dividendos e as cotações nas bolsas de valores. O mercado financeiro se torna o grande agente disciplinador de todos os atores da empresa, sendo avaliados a partir dos resultados/lucros que trazem. É neste contexto que ganha muita força o ideal da subjetivação neoliberal, qual seja, o indivíduo passa a conceber-se como um capital que deve ser valorizado a cada momento e, para isso, precisa aniquilar seus concorrentes e eventuais laços de solidariedade (DARDOT, LAVAL, 2016, p.200-201).

Nas palavras de Brown (2019, p.141) "a privatização econômica neoliberal subverte profundamente a democracia. Ela gera e legitima a desigualdade, a exclusão, a apropriação privada dos comuns, a plutocracia e um imaginário democrático profundamente esmaecido". O que é rotineiramente chamado de "desregulamentação" das atividades, sobretudo, relacionadas ao trabalho, em verdade, são uma nova regulamentação, posto que são novas relações sociais, novos comportamentos e, essencialmente, novas subjetividades (DARDOT, LAVAL, 2016, p.202).

O Direito trata a significar, enquanto arcabouço legal, tão somente formas de garantir as liberdades individuais a partir das obrigações contratuais livremente negociadas entre indivíduos juridicamente configurados dentro do mercado. O Direito serve para "proteger a santidade" dos contratos e o direito individual à expressão, ação e escolhas. O Estado, portanto, utiliza todo o seu poder punitivo para melhor garantir a concretização destas liberdades (HARVEY, 2011, p.75). A força coerciva estatal é fortalecida para proteger interesses corporativos e, se necessário, reprimir a dissensão (HARVEY, 2011, p. 87).

Essa autêntica nova regulamentação, é importante ressaltar, ganha espaço também em um cenário de debilidade das ideias e forças da esquerda do espectro político. O sucesso neoliberal, do ponto de ideológico, perpassa, também, por um reavivamento de ideias muito antigas que tentam colocar em xeque as funções do Estado e que se valeram de

acontecimentos históricos como, por exemplo, a queda da União Soviética, para robustecer seus pontos de vista (DARDOT, LAVAL, 2016, p.207-208).

Na medida em que os Estados Unidos, com a citada queda da União Soviética, não precisam mais se proteger do comunismo, também não possuem a necessidade de se preocuparem com todos os efeitos nefastos trazidos pelas reestruturações neoliberais e todo o descontentamento social delas decorrente (HARVEY, 2011, p.128).

Um resultado disto foi que com o colapso do bloco soviético, boa parte dos países da Europa oriental experimentou a saída do "comunismo de mercado" para o neoliberalismo, tendo o processo inteiro levado menos de uma década (BROWN, 2019, p.29). A teoria neoliberal, através de sua propaganda, tenta "vender" a capacidade de efetivamente promover a liberdade de expressão e de escolhas, quando na verdade, esta é apenas uma forma de mascarar seus efeitos deletérios sobretudo no campo social (HARVEY, 2011, p.129).

Ainda que estas críticas neoliberais ao Estado social se baseiem muito em questões contábeis e de política fiscal/orçamentária, há, também, uma espécie de "incômodo" neoliberal de forte cunho moral contra o *welfare state.* Por certo, não se pode ignorar o poder de campanhas que visam a completa desmoralização das políticas sociais, principalmente as que visam uma mais igual distribuição de renda, a partir de uma noção geral de que estas políticas assistenciais destroem virtudes da sociedade civil, como o esforço, o trabalho pessoal e o patriotismo. O Estado, assim, acabaria com os pilares morais da individualidade (DARDOT, LAVAL, 2016, p.210). Para Harvey (2011, p.56) "o bem-estar corporativo tomou o lugar do bem-estar social".

A burocracia estatal ao "tranquilizar" os indivíduos a partir da cobertura de riscos trazidas pela assistência social, aos olhos neoliberais incentiva, através de mecanismos de solidariedade, os mais pobres a não procurarem trabalho, bem como a não estudarem e não cuidarem de sua prole. Em outras palavras, as políticas sociais fariam com que os indivíduos, sobretudo os mais pobres, preferissem o ócio ao trabalho e a segurança conferida a esta camada da população acarretaria na sua perda de responsabilidade individual. Assim, políticas de redistribuição de renda desestimulariam os ricos a enriquecerem ainda mais (DARDOT, LAVAL, 2016, p.211-212).

É neste contexto que se confere uma superioridade moral às soluções "inspiradas pelo mercado". Ser contra as políticas de austeridade constitui-se em uma falta moral, além

de indicar a incompetência no ato de poupar dinheiro. Ser crítico à austeridade mostra-se como um fator que faz o indivíduo não ser visto como "sujeito moral autônomo" e responsável. É de ordem moral a defesa da ideia de que as pessoas devem "parar de buscar proteção nos braços do Estado" e assumir a responsabilidade por suas próprias vidas, pois devem lidar "como adultos" com a sociedade de risco. A recusa ao primado da competitividade e da propriedade privada já não se configuram mais como equívocos econômicos, mas sim, como faltas morais (SAFATLE, 2021, p.18-21).

Nas palavras de Dardot e Laval (2016, p.213) ante a lógica neoliberal, o indivíduo é o único responsável pelo seu destino, tendo ele que demonstrar a todo momento o seu valor para justificar as condições de sua própria existência. Para Harvey (2011, p.79) o pressuposto de igualdade de condições na concorrência "parece ser ou inocentemente utópico ou um escamoteamento deliberado de processos que vão levar à concentração de riqueza e, portanto, à restauração do poder de classe."

No neoliberalismo, o explorado contribui com sua exploração sem ao menos perceber. Uma consequência disso é que doenças como a depressão e o *burnout* são cada vez mais recorrentes graças a esse potencial coercitivo acoplado ao indivíduo neoliberal que abre caminhos para a possibilidade tudo (e todos) serem objetos negociáveis na busca pelo lucro. Não há que se perder de vista a concretização, no neoliberalismo, da lógica disciplinar que lhe é inerente, apesar de camuflada. É necessário punir, controlar e eliminar qualquer resistência imposta a normatividade neoliberal, desde os pobres, que não possuem dinheiro para consumir e são vistos como fontes de gastos do Estado até os ricos que defendem modelos alternativos à lógica neoliberal (CASARA, 2021, p.199-202). Na interlocução de Safatle (2021, p.44) "o neoliberalismo nos levou a sofrer de outra forma, procurando retirar de nosso sofrimento psíquico a consciência potencial da violência social".

O enfraquecimento dos serviços públicos e políticas assistenciais agradam "duplamente" o pensamento neoliberal: primeiro por uma questão (óbvia) de diminuição de gastos; e a segunda, escamoteada, diz respeito ao grande descontentamento dos usuários dos serviços que passam a também reproduzir críticas direcionadas a "ineficiência estatal" e aos gastos públicos[163]. É nesta conjunção que se torna muito "atrativo" direcionar os ataques e conferir a culpa de todo o descontentamento aos desempregados, aos que

[163] Pode-se dizer que a principal característica seja esta: a ineficiente burocracia estatal custa muito caro quando comparado aos benefícios que traz à população e, assim, obstaculiza o crescimento da economia (DARDOT, LAVAL, 2016, p.273).

preferem usufruir do ócio às custas de toda população produtiva, honesta e trabalhadora. Definitivamente, não é por coincidência que a legislação trabalhista e os sindicatos são alvos preferenciais dos neoliberais (DARDOT, LAVAL, 2016, p.220-221). O ataque neoliberal ao social gera uma cultura antidemocrática nas classes mais baixas enquanto torna legítimas formas antidemocráticas do poder estatal desde as classes mais altas (BROWN, 2019, p.39).

As normas jurídicas neoliberais não harmonizam com os obstáculos legais colocados sobre as atividades econômicas. É por esta razão que tanto os direitos fundamentais, cuja função histórica é a de contenção do exercício do poder, quanto os direitos sociais, forjados através de lutas populares, passam a ser relativizados. Em outras palavras, o Direito neoliberal serve para criar ótimas condições para a atuação do mercado (CASARA, 2021, p.108-109). Há uma verdadeira colonização do Direito pela economia, uma vez que as leis são modificadas, sem muitos constrangimentos, para atender as demandas dos detentores do poder econômico (CASARA, 2021, p.112).

É nesta cultura neoliberal, de incremento de uma divisão interna da sociedade em virtude da concorrência presente em todas as esferas da vida social, que as pessoas devem a todos os momentos calcularem suas ações e, acima de tudo, monetarizarem suas escolhas. Desta feita, os doentes, os estudantes e os desempregados, são vistos como "pesos" aos cidadãos[164] responsáveis e produtivos que conseguiram bem realizar suas escolhas e cálculos. Os que não dotam suas ações de uma busca pelo lucro concreto e visível são postos a margem, são considerados inaptos a vida moderna (DARDOT, LAVAL, 2016, p.230).

E, apesar de muitos colocados a margem e muitos sofrendo várias ordens de sofrimento psíquico em virtude desta nova normatividade neoliberal, essas pessoas, mesmo exploradas, se veem como "empresárias de si" e consideram outros trabalhadores como seus concorrentes e inimigos. Com essa guerra interna, inviabiliza-se laços de solidariedade entre os trabalhadores e a consciência de classe[165] (CASARA, 2021, p.122-123). O outro, seja ele uma empresa, indivíduo ou instituição, passa a ser visto como um obstáculo a consecução dos "fins" de cada um e precisa ser eliminado. A partir desta lógica, surgem nefastos fenômenos como a banalização da guerra, a celebração dos egoísmos e

[164] No Brasil, nunca houve a figura do cidadão. As classes médias foram condicionadas a querer privilégios e não direitos. E os pobres nunca puderam ser cidadãos (SANTOS, 2001, p.49-50).

[165] É importante ressaltar que as classes não deixam de assistir, elas só deixam de ser percebidas como tais (CASARA, 2021, p.131). Para Han (2018, p.15) "na produção imaterial, de um jeito ou de outro, cada um possui seu próprio meio de produção". Desta forma, para ele o sistema neoliberal não seria um sistema de classes em sentido estrito.

fortalecimento dos narcisismos. É o tempo da glorificação da esperteza e negação da sinceridade (SANTOS, 2001, p.60-61).

A concorrência pelo trabalho se associa a uma concorrência no trabalho, que é preciso ser mantida haja vista a ameaça[166] da demissão, o que denota uma "luta de todos contra todos" que rompe com todos os laços de solidariedade (BOURDIEU, 1998, p.74). Em uma sociedade em que o egoísmo é transformado em virtude, parece não haver outra alternativa senão enxergar os outros trabalhadores como concorrentes na busca incessante por lucro (CASARA, 2021, p.126).

A preocupação do neoliberalismo com o indivíduo põe em segundo plano as democráticas preocupações sociais com a igualdade, solidariedade social e a própria democracia. O frequente recurso às ações judiciais se relaciona com seus altos custos de dinheiro e tempo, o que privilegia os mais ricos, além de que o judiciário, tradicionalmente, é bastante leal às elites, tendendo a proteger com mais vigor os direitos à propriedade em detrimento à justiça social (HARVEY, 2011, p.190).

A racionalidade neoliberal faz com que os comportamentos humanos sejam analisados, perenemente, sob a lógica do custo-benefício, posto que imerso na cultura concorrencial. Os julgamentos dos indivíduos, acerca de políticas públicas e do funcionamento das instituições, não se dão mais sob uma mirada do coletivo e dos laços de solidariedade, mas sim, sob a proteção de interesses individuais (DARDOT, LAVAL, 2016, p.320).

As garantias fundamentais são tratadas como qualquer outro objeto negociável, podendo ou não ter valor aos olhos dos detentores do poder econômico. Por isso, pode-se dizer que as garantias fundamentais e direitos fundamentais encartados nas constituições deixam de representar limites ao exercício do poder e barreiras às arbitrariedades. Estes direitos individuais, após a segunda guerra mundial, configuraram-se como a "linguagem hegemônica da dignidade". Na atualidade, perderam esse *status* (CASARA, 2021, p.220-221).

A noção da garantia de direitos finda, com a exceção dos inerentes ao funcionamento do sistema: o direito à propriedade e à liberdade de contratar. Com as garantias individuais e princípios democráticos assujeitados aos interesses do grande capital, os limites ao exercício

[166] De acordo com Foucault (2008, p.90-91) o liberalismo se insere em um contexto geral de arbitragem da liberdade dos indivíduos em torno da noção de perigo. Assim, não há como existir liberalismo sem esta cultura do perigo.

do poder (antes considerados intransponíveis) são mercadorias e a vida e dignidade da pessoa humana são objetos negociáveis (CASARA, 2021, p.226-229).

A própria justiça criminal é "subvertida" na medida em que se trata menos de reprimir e mais de avaliar cautelosamente os riscos econômicos de sua atuação (CASARA, 2021, p.257). Na medida que o privado se agiganta, ele necessita cada vez mais a proteção do estado por meio da lei, sobretudo por conta do seu braço repressivo, como as forças de segurança pública, a polícia e os militares (BROWN, 2019, p.143-144). O neoliberalismo é um regime extremamente punitivo em relação às classes mais pobres, sobretudo porque não visa integrá-los ao jogo do mercado, mas sim, afastá-los do crime mediante "incitações negativas", para afastar os potenciais delinquentes diante do primeiro "sinal" de desvio (LAVAL, 2020, p.141).

A mencionada cultura foi assimilada até mesmo por partidos que se colocavam à esquerda do espectro político, denominando-se algo como uma "esquerda moderna". Talvez o exemplo mais preciso disso seja a política de Tony Blair no Partido trabalhista do Reino Unido em 1994, denominado de *blairismo*. Esta tradição social-democrata nitidamente abandona o ideário tradicional da "velha esquerda" de luta incessante pela diminuição das desigualdades. A prática neoliberal induz a ideia de que ante a esta realidade, não há nada que possa ser feito de diferente (DARDOT, LAVAL, 2016, p.233-234).

O fortalecimento deste ideário neoliberal que faz com que até mesmo pessoas muito prejudicadas por suas ações políticas concretas, como por exemplo a deterioração do Estado social, acabem por fazer coro às suas consecuções. Pessoas que defendem as políticas neoliberais, sem perceber, estão tendo vilipendiados os seus direitos adquiridos, o que mostra que o neoliberalismo está para além da política partidária, pois nega-se enquanto ideologia e funciona como autêntica racionalidade. A lógica neoliberal foi "desideologizada" e, assim, conseguiu se eximir do debate público (DARDOT, LAVAL, 2016, p.242-243). A reforma da governamentalidade é apresentada de forma asséptica: não é ideológica, visa tão somente a eficiência[167] (DARDOT, LAVAL, 2016, p.312).

Desta forma, a premissa é claramente antidemocrática: a ciência econômica, força motriz do pensamento neoliberal, apresentada como ciência asséptica e neutra, deve ser preservada de toda decisão política de uma maioria ignorante, ou seja, entre uma decisão

[167] Sobre a eficiência é a "verdade incontestável dos números" gizam Dardot e Laval (2016, p.318) "Nada nos permite afirmar que a realidade coincide sempre com a retórica gerencial e comercial. Os critérios de avaliação quantitativa estão longe de concordar sempre com os critérios qualitativos de atenção ao cliente."

econômica e uma política, a primeira prevalece. Como a ciência econômica é asséptica, não deve se contaminar com a política e, portanto, não deve submeter-se a decisões democráticas. Pretende-se que a economia e o próprio Direito, enquanto "ciências puras", não podem ser contrariados por qualquer decisão democrática (ZAFFARONI, 2021, p.105). Por sua vez, Santos (2001, p.53-54) indica que como as atuais técnicas hegemônicas são "filhas da ciência" e suas utilizações se dão em prol do mercado, forma-se um ideário em relação a este próprio mercado, como se ele fosse "santificado pela ciência" e, por isso, infalível. É a partir desta lógica que a sociedade permite se dissociar de noções como solidariedade e generosidade e aceita a entronização do cálculo e da competitividade.

No mesmo sentido está Bourdieu (1998, p.44) para quem a força desta autoridade científica convence até as consciências dos trabalhadores, produzindo uma forma de "desmoralização". A força da ciência, tal qual aqui apresentada, é que ela é manipulada por pessoas que parecem concordarem umas com as outras, sendo considerado o consenso um forte sinal da "verdade". Na intelecção de Laval (2020, p.224-225) "a economia tira sua força ideológica da crença na autoridade suprema de uma verdade matemática que se transmite de degrau em degrau, da 'teoria pura' à pura técnica e à pura ideologia"

Em última análise, compreender e atuar no mundo neoliberal perpassa por decisões que autorizam a morte (que não é a dos mais ricos). Todavia, a maior parte da população, que, como dito, faz coro a tomadas decisões absolutamente prejudiciais a sua própria vida, não se apercebem da íntima ligação que há entre o aumento do número de mortos e as opções políticas condicionadas pelo neoliberalismo (CASARA, 2021, p.25).

Neste sentido está também Zaffaroni (2021, p.38) ao afirmar que o desenvolvimento de uma série de fenômenos como tortura, mortalidade prisional, crimes de ódio, crianças pedindo esmolas nas ruas, presença da cultura assassinos profissionais, mais da metade dos encarcerados ainda aguardarem o julgamento do mérito de seus processos judiciais, altas taxas de crimes violentos e altas taxas de impunidade de crimes contra a vida, são assuntos que passam quase despercebido pela criminologia da Europa e da América do Norte.

Tudo isso se passa em um contexto de subdesenvolvimento humano que conduz países como o Brasil a figurar nas primeiras posições nas taxas de morte violentas, que, inclusive, são as maiores causas da morte de jovens negros. Além destas mortes, há também as que decorrem das carências sanitárias, insegurança no trabalho, subnutrição e por conta de doenças curáveis. Esse custo de vidas representa a atual forma em que o genocídio

ocorre em países como o Brasil. É um "massacre parcimonioso", um genocídio por gotejamento que já está em curso no país (ZAFFARONI, 2021, p.38).

A naturalização dos riscos presentes na dinâmica social atual, que perpassam, principalmente, pela obliteração de laços de solidariedade e corrosão (principalmente) da legislação de proteção aos trabalhadores, faz com que estes estejam em ameaça constante do desemprego e, por isso, acabam por se submeter a exigências de disponibilidade constante e salários menores. O trabalhador precisa de uma aprendizagem contínua e plástica, posto que as exigências do mercado se alteram rapidamente. Suas atividades pessoais são tidas como produção, investimentos e incessante cálculo de custos (DARDOT, LAVAL, 2016, p.329-330).

A existência de um exército de reserva de trabalhadores ajuda a dar, para cada trabalhador, a sensação de que ele não é insubstituível e que o simples fato de ter um trabalho é uma espécie de (frágil) privilégio. Estes trabalhadores que não possuem estabilidade alguma em seus trabalhos são impassíveis de qualquer mobilização, uma vez que são incapazes de se projetar no futuro. A precarização do trabalho constitui-se em uma nova forma de dominação fundada em um sentimento geral de insegurança, o que faz com que estes trabalhadores aceitem a sua exploração (BOURDIEU, 1998, p.73-75). Estes trabalhadores relegados à precariedade dos seus trabalhos ou até mesmo à indignidade do desemprego formam uma imagem ruim de si próprios e do grupo social a que pertencem (BOURDIEU, 1998, p.85).

A lógica da empresa deve ser, sob a ótica neoliberal, incutida nos corações e mentes das crianças e alunos. E, seguindo esta racionalidade, assiste-se a uma industrialização da educação cujos efeitos psíquicos sobre os alunos (altos níveis de sofrimento) e sobre os métodos de ensino, que abusam de exercícios diretamente assimiláveis e reprodutíveis, cujos efeitos deletérios não podem ser desprezados. O papel dos professores já não é mais o de transmitir conhecimentos, mas sim, motivar e avaliar. Tornou-se, em verdade, mais um *coach* do que um educador em si (LAVAL, 2019, p.141-144).

O mercado, via de regra, procura por soluções superficiais e a curto prazo[168] enquanto que para a educação, a solução para seus problemas demanda respostas que funcionarão a longo prazo. As escolas e universidades, submetidas a forte concorrência e

[168] Na lição de Dardot e Laval (2016, p.364) "O tempo da vida é cada vez menos linear, cada vez menos programável. Sob esse ponto de vista, o sinal mais tangível da nova normatividade é que 'em longo prazo não existe' ".

temendo uma publicidade negativa em relação aos resultados nos exames escolares/universitários, acabam por possuir uma obsessão por resultados, o que gera efeitos perversos em relação a motivação dos estudantes, reduzindo o ensino/aprendizagem a tarefas desprovidas de qualquer alegria (LAVAL, 2019 p.187-188).

O gerencialismo acabou por tomar o lugar do humanismo enquanto sistema de legitimidade da tarefa educacional. Tudo parece dever ser racionalizado a partir da mensuração de desempenhos (LAVAL, 2019, p.198). Nessa perspectiva, a complexidade some e o mundo é alvo de uma visão binária: cristãos e comunistas; pessoas de bem e bandidos; amigo e inimigo (CASARA, 2021, p.168).

Quando o desempenho passa a ser o único critério de uma agenda política, o interesse da liberdade de pensamento/pensamento crítico perde-se por completo, bem como perde-se também a relevância da garantia dos procedimentos democráticos. A racionalidade neoliberal não precisa mais dos processos de validação das condutas que antes passavam pelo respeito aos princípios da democracia (DARDOT, LAVAL, p.2016, p.382).

Os países dispensam, de forma imprudente, o ensino de competências que são fundamentais para a manutenção da democracia, enquanto incensam saberes relacionados ao aumento do poder econômico (NUSSBAUM, 2015 p.4). É fundamental pensar, com empatia, a situação que o outro se encontra. Essa capacidade, ao lado da de criticar e da de refletir são importantes formas de se preservar a democracia (NUSSBAUM, 2015, p.8-11). A racionalidade neoliberal estimula uma educação voltada para o lucro e despreza uma que seja orientada para o fortalecimento da cidadania inclusiva. Contudo, cumpre ressaltar que produzir crescimento econômico não significa "produzir democracia", muito menos a criação de melhores condições de vida para todas as classes sociais (NUSSBAUM, 2015, p.15).

O neoliberalismo faz com que as pessoas estejam isentas do peso de pensar, posto que suas ações são direcionadas pela manipulação das informações/verdades, pela indústria cultural e pela mídia[169] (CASARA, 2021, p.136). O capital gera suas próprias necessidades e, pela ausência do estímulo a um pensamento crítico, as pessoas assumem como se delas

[169] A política está fada a aparecer como um assunto enfadonho, que se retira dos horários de maior audiência por ser algo pouco excitante e até mesmo deprimente. É daí que surge a tendencia de se sacrificar o repórter-investigador e a informação aprofundada em detrimento da presença do comediante e do *talk-show*. Estes jornalistas que incentivam esta "simplificação demagógica", não almejam informar, mas projetar sobre o público suas próprias visões de mundo. (BOURDIEU, 1998, p.57). A mídia é um fator de despolitização que atinge mais fortemente as frações menos politizadas do público (BOURDIEU, 1998, p.65). Na mesma toada está Santos (2001, p.39-43) ao gizar que o que é transmitido para a maioria da população é uma informação manipulada que confunde ao invés de esclarecer. A violência do dinheiro só existe porque ela é servida pela violência da informação.

fossem. O que é considerado verdade ante a racionalidade neoliberal são narrativas úteis aos detentores do poder econômico (CASARA, 2021, p.140-143).

Manter a ignorância da população é uma meta da dos governos neoliberais, sendo a cultura e a educação consideradas como verdadeiras ameaças. Não há como manter um regime autoritário sem um investimento massivo na ignorância, uma vez que os ignorantes ou se mantêm passivos ou passam a desejar a reprodução das arbitrariedades que lhe prejudicam. O obscurantismo é funcional aos governos autoritários. (CASARA, 2021, p.270-275). A busca pelo lucro ilimitado trouxe como nefasto legado a criação de um sujeito incapaz de refletir (CASARA, 2021, p.265).

A introjeção de uma racionalidade autoritária possui como condição a falta de uma reflexão realizada a partir de um imaginário democrático (CASARA, 2021, p.289) e a própria hegemonia desta forma de atuar, no Brasil, é possível graças a mistura da linguagem autoritária com a linguagem neoliberal (CASARA, 2021, p.299). A permissividade do comportamento dos principais atores econômicos e o papel opressor do sistema de finanças globais só é possível graças ao "controle dos espíritos" (SANTOS, 2001, p.35).

Esta ética da empresa, que toma todos os espaços, possui uma essência bélica: exalta-se a força, o combate, a vitória e transforma o trabalho no principal instrumento de realização pessoal. Quem é bem sucedido profissionalmente (ou seja, quem aufere muito lucro), tem uma vida de sucesso (DARDOT, LAVAL, 2016, p.333). Assim, "toda a atividade do indivíduo é concebida como um processo de valorização do eu". Ser "empreendedor de si mesmo" pressupõe uma confusão entre as esferas pessoal e profissional em uma sociedade permeada pela incerteza e risco, em que tudo precisa ser conquistado a todo momento (DARDOT, LAVAL, p.2016, p.335-336).

Este sujeito neoliberal, empreendedor de si, não é capaz de se relacionar sem propósitos. Entre estes empreendedores, não há amizade ou qualquer outro laço desinteressado. A liberdade é um vocábulo relacional, posto que só estamos realmente livres em um feliz "estar junto". O isolamento o qual o regime neoliberal nos relega não nos torna livres (HAN, 2018, p.11-12). Este homem econômico, âmago do discurso neoliberal, é "des-historicizado e dessocializado". É pura intencionalidade. (LAVAL, 2020, p.219).

Ante os imperativos do consumo, a competitividade se torna a noção basilar de qualquer convivência. A necessidade de competir a todo instante legitima-se em uma

ideologia em que recusar-se a isso implica em desaparecer do cenário econômico. Formam-se "novos valores" a partir de uma "ética pervasiva" (SANTOS, 2001, p.57).

Essa transformação, exigência neoliberal, da pessoa em empresa, tende a jogar todas as suas nefastas implicações em cima apenas do indivíduo que deve, a todo instante, desenvolver suas competências concorrenciais. Assim, a coerção econômica transmuta-se em uma autocoerção, na medida em que somos os únicos responsáveis por aquilo que nos acontece, sabendo-se sempre que compensações não há em casos de fracasso (DARDOT, LAVAL, p.2016, p.345).

O neoliberalismo não deixa nada intocado pela monetização e torna tudo alvo de cálculos de investimento. Conforme o indivíduo se torna um verdadeiro "capital humano", o neoliberalismo torna a "venda" das almas humanas como algo banal (BROWN, 2019, p.200). Na lição de Dardot e Laval (2016, p.373) "o sujeito neoliberal não pode perder, porque é a um só tempo o trabalhador que acumula capital e o acionista que desfruta dele".

A criação de mecanismos disciplinares existe enquanto são úteis (e toda sua utilidade foi apresentada no primeiro tópico desta parte da investigação), posto que não há como se manter toda a estrutura de exploração dos trabalhadores e processos contínuos de acúmulo de capital, sem produzir "corpos dóceis". A repressão passa a ser vista como própria condição da liberdade de contratar. O que caracteriza a racionalidade neoliberal já não são mais as táticas disciplinares tradicionais, como o cárcere, mas uma mudança de mentalidade que faz com que os indivíduos se autoexplorem sem dar-se conta disso, o que é denominado de psicopoder, que é um poder exercido com fins "produtivos" e não mais com a finalidade repressiva em si. Este poder não se importa em limitar a liberdade como outrora, mas criar uma "liberdade útil aos detentores do poder econômico" (CASARA, 2021, p.80).

Tanto o poder disciplinar quanto o psicopoder restringem a liberdade, todavia, o segundo o faz de forma disfarçada, como uma manifestação em próprio nome da liberdade (CASARA, 2021, p.143), afinal, como giza Casara (2021, p.175) "o poder é mais efetivo quanto menos ele é percebido como um direcionamento externo ao indivíduo".

Para Han (2018, p.35) a psique humana não foi o foco dos poderes disciplinares, suas técnicas eram "grosseiras" para entrar nas camadas profundas dos anseios e desejos mais íntimos individuais e apoderar-se deles. Assim, esta apoderação da psique mostra-se absolutamente adequada à racionalidade neoliberal, na medida que busca agradar ao invés

de oprimir (HAN, 2018, p.53). Já não é mais necessário recorrer a uma violência estritamente física para exercer o domínio sobre ela (CASARA, 2021, p.317).

De acordo com a lição de Han (2018, p.35-39) a biopolítica é a técnica utilizada pela sociedade disciplinar (descrita no primeiro tópico desta parte da investigação). Todavia, esta técnica é inadequada ao neoliberalismo, que explora a psique. Foucault, em seu curso no *Collège de France*, não menciona mais a biopolítica, como se estivesse ao meio de um processo de perceber que a biopolítica já não se encaixava na conjuntura neoliberal[170]. Apenas após a escritura de "Vigiar e punir" que ele perceberia que o poder disciplinar não refletia mais o seu tempo. Foucault, em seus estudos, não tornou explícito o abandono da ideia da biopolítica e a chegada ao psicopoder, tão afeto à ordem neoliberal. O filósofo sul coreano prossegue sua análise ao aduzir que "a técnica de poder do regime neoliberal forma o ponto cego da analítica do poder de Foucault" (HAN, 2018, p.43).

A biopolítica, portanto, não é estranha ao liberalismo. Ela lhe é complementar, na medida em que afeta o funcionamento do mercado e colide com a "livre concorrência dos interesses individuais". As coerções e os controles são "o contrapeso das liberdades" que a sociedade liberal necessita (LAVAL, 2020, p.53-55). Seu objetivo é, portanto, regular fenômenos como por exemplo natalidade, educação e delinquência (LAVAL, 2020, p.91).

Para Zaffaroni (2021, p.78-79) pode-se fazer uma ligação entre a noção de psicopoder e o que o autor argentino chama de "colonialismo tardio" que não se dá através da invasão de territórios, mas que distorce fatos através da vasta possibilidade tecnológica que se dispõe hodiernamente. Assim, com a ajuda dos oligopólios econômicos e da grande mídia, inventam uma realidade através de propaganda e apoderam-se do aparato político do país colonizado, subvertendo a ordem democrática. Um grande exemplo ocorreu no Brasil, em que a luta contra a corrupção instala no governo políticos em conluio com os detentores do grande capital e em prol deles "abrem as portas do país", entregando recursos naturais e patrimônios públicos a módicos preços, revogando a legislação de proteção ao trabalhador, destruindo a soberania nacional e contraindo enormes dívidas sujeitas à jurisdição dos credores.

Este colonialismo tardio visa condicionar a psique das pessoas através de um programa de reassubjetivações que degeneram uma sociedade democrática e plural.

[170] Para Laval (2020, p.132-136), a novidade da análise feita por Foucault é a noção de que o neoliberalismo não surge após uma crise econômica, mas sim, é uma resposta à uma crise de governamentalidade diversa e ampla e que visa por redefinir o conceito de "política social", passando a considera-la como regra para o bom funcionamento do mercado.

Realiza-se, em verdade, uma alienação da população que seja disfuncional a democracia e harmônica com a ideia de um Estado social atrofiado (ZAFFARONI, 2021, p.101-102). Para Laval (2020, p.67), a política social neoliberal não tem como intento a correção das desigualdades do mercado, mas o seu funcionamento a ponto de ensejar o máximo crescimento econômico.

O sujeito neoliberal é tido como um autêntico "capital humano" que precisa acumular em decorrência de uma série de cálculos de custos e benefícios, o que sugere uma vida pautada em sempre correr riscos. O que antes era um "estilo de vida" apenas dos empreendedores, tornou-se a formatação da subjetividade de todos, hoje, todos são "empreendedores de si" (DARDOT, LAVAL, p.2016, p.346).

Acreditando serem livres, as pessoas tem sua liberdade capturada e utilizada em uma das mais fortes modalidades de sujeição. Esta manipulação da autocompreensão do que é a sua liberdade acaba, por mais estranho que pareça, a gerar mais coerção do que os métodos disciplinares de interdições. Há um limite nos regramentos disciplinares impostos pelo Estado, mas as possibilidades que o psicopoder possui de introjetar mandados de otimização em cada pessoa são infindáveis. Assim, os indivíduos veem-se livres das restrições impostas pelo Estado, mas ao mesmo tempo submetem-se a coerções internas fortíssimas (CASARA, 2021, p.183).

Para Han (2018, p.10) "o sujeito do desempenho, que se julga livre, é na realidade um servo: é um servo absoluto, na medida em que, sem um senhor, explora voluntariamente a si mesmo. Nenhum senhor o obriga a trabalhar. O sujeito absolutiza a vida nua e trabalha."

O sujeito neoliberal é formatado para vencer sempre e ir sempre além na sua capacidade de produção e prazer. Nada pode ser tido como uma barreira a este comprometimento pessoal (DARDOT, LAVAL, 2016, p.358). O fracasso profissional importa em um fracasso no plano pessoal, trazendo a sensação de vergonha (DARDOT, LAVAL, p.2016, p.363).

Em verdade, este sujeito não é livre, seus comportamentos são orientados por terceiros (que são os que possuem o poder econômico) que criam um meio no qual este indivíduo "decide" agir. A liberdade (principalmente dos indesejáveis aos olhos do mercado), assim, passa a ser limitada por uma opção política (CASARA, 2021, p.82). A liberdade sem a

sociedade é tão somente um instrumento de poder sem qualquer preocupação com o outro, com o mundo e seu futuro (BROWN, 2019, p.58).

Esta normatividade neoliberal possui uma faceta absolutamente perversa, que inclui, por certo, uma vigilância cada vez maior das atividades dos indivíduos, tanto em sua esfera pessoal quanto profissional, a avaliação cada vez mais minuciosa de todos os atos do indivíduo e o pérfido autocontrole imposto (DARDOT, LAVAL, 2016, p.374). Nesta mesma toada, aduz Han (2018, p.27) "a atual crise da liberdade consiste em estar diante de uma técnica de poder que não rejeita ou oprime a liberdade, mas a explora".

As crises advindas de ações neoliberais concretas são colocadas por gestores como geradas por um "excesso de democracia". Todos os fenômenos prejudiciais causados por esta racionalidade são postos como decorrências do exercício de princípios democráticos. Para justificar as crises, a perda de direitos, a deterioração das condições econômicas e sociais da população, aposta-se na manipulação de medos, ressentimentos. Os valões são colocados à disposição do mercado e da concorrência, tendo a democracia e o Direito sucumbido às noções econômicas do neoliberalismo (CASARA, 2021, p.154-155).

As agendas econômicas neoliberais geraram uma profunda experiência de abandono, traição e raiva por parte dos novos despossuídos e das classes trabalhadoras ao redor do mundo. Uma vez que o patriotismo militarista e os valores da família não eram mais suficientes, o populismo de direita apelou para a ferida do privilégio destronado que a branquitude e a masculinidade garantiam sobre aqueles que "eram ninguém" (BROWN, 2019, p.11-13). A ascensão dessas políticas autoritárias se deve muito a instrumentalização da raiva sentida por aqueles que foram abandonados economicamente e ressentidos racialmente, mas também devem às décadas de assalto neoliberal que geraram a degradação da democracia e da igualdade (BROWN, 2019, p.17).

Os neoliberais possuem muitas suspeitas em relação à democracia. A lógica da soberania popular ou em regime da vontade da maioria é considerada uma ameaça constante aos direitos individuais. A democracia é julgada como um verdadeiro luxo. Em virtude deste pensamento, os teóricos neoliberais favorecem uma governança que seja tomada pelos especialistas e pelas elites, em um governo em que sejam incentivadas as ordens executivas e negligenciadas as decisões de base democrática e parlamentar e que os conflitos sejam decididos judicialmente a partir de um arcabouço legal comprometido com fornecer um bom ambiente para a livre circulação de capitais (HARVEY, 2011, p.77).

Para Bourdieu (1998, p.25), a elite que prega o reinado absoluto do mercado assaltou o Estado. Fez do bem público, um bem privado, da coisa pública, uma coisa sua. O grande embate que se impõe, hoje, é pela reconquista da democracia contra a tecnocracia e a tirania dos "especialistas" que impõe, sem qualquer negociação, as vontades do mercado financeiro. É preciso romper com esta ideia de "inevitabilidade histórica" que professam os neoliberais. Conforme o mesmo autor francês, grande número de pressupostos são impostos como se fossem obviedades. Como exemplo, temos a ideia motriz de que a competitividade é o fim último das ações humanas; que não há como se resistir às forças econômicas e por fim, uma manipulação na linguagem que colocam em palavras como "desregulamentação" e "flexibilidade[171]" um cariz de libertação universal (BOURDIEU, 1998, p.28). De acordo com a lição de Santos (2001, p.35) "a competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos".

Ao colocar a democracia como coerção da maioria, os neoliberais visam obliterar o valor do poder político democrático (BROWN, 2019, p.82). Em relação a forma como os neoliberais enxergam o poder legislativo, há a noção de que ao adotar como mote a promoção do "interesse público" em seus mandatos, os parlamentares inchariam o Estado e fazem com que a corrupção seja algo cotidiano na cultura legislativa. Com isso, toda esta cultura neoliberal incute na população a ideia de que o órgão legislativo, democraticamente eleito, governe em prol de interesses particulares e através de negociatas (BROWN, 2019, p.84).

Os neoliberais precisam impor limitações à governança democrática e para isso apoiam grande parte de suas medidas mais fundamentais em instituições não democráticas e que "não prestam contas com a população", como por exemplo, o FMI e os Bancos Centrais. Assim, o mundo fica nas mãos das elites detentoras do poder econômico e seus "especialistas", sendo o neoliberalismo sustentado por um autoritarismo que, efetivamente, beneficia pouquíssimos (HARVEY, 2011, p.77-80).

Em caso de contenda entre o bem-estar da população e integridade do sistema financeiro, os Estados neoliberais optarão por proteger o segundo (HARVEY, 2011, p.81). Ao promover instituições e Estados despolitizados, os neoliberais fazem frutificar uma governança pautada nos negócios e orientados e disciplinados pelo interesse e pelo

[171] Em verdade, na maioria dos países, a proporção de trabalhadores temporários cresce e a precarização das relações de trabalho desaguam na perda de vantagens como garantias de saúde, aposentadoria e maior duração do emprego, que podiam compensar, parcialmente, os salários baixos (BOURDIEU, 1998, p.32).

mercado. É assim que a política neoliberal deseja enfraquecer o controle político sobre os agentes econômicos, retirando de cena a regulação e impondo uma liberdade "descomprometida" (BROWN, 2019, p.70-71). Neste cenário, Santos (2001, p.86) afirma que "nenhuma regulação é possível, porque não desejada".

Na lição de Dardot e Laval (2016, p.377-378), a razão neoliberal, tal qual foi exposta, possui quatro pilares primordiais: o primeiro é a ideia de que o mercado não é um dado natural, mas sim, construído através de uma interferência ativa do Estado; o segundo é que a essência do mercado não está mais na ideia de troca, mas sim, na noção de concorrência; o terceiro pilar diz respeito ao fato de o Estado também submeter-se a esta regra de concorrência; por fim, o último pilar, mostra-nos que esta lógica universalizada de concorrência invade a esfera mais íntima dos indivíduos e faz com que conduzam suas próprias vidas como se fossem "empreendedores de si".

Os pilares fundamentais, acima mencionados, desaguam em uma série de tendências, como por exemplo, a ação pública obedecendo a critérios de rentabilidade e produtividade; a esfera pública tornando-se sustentáculo dos benefícios do setor privado; a depreciação da lei enquanto símbolo e o aumento da força do poder executivo, todas elas indicando como caminho um contexto de enfraquecimento (ou própria destruição) da democracia liberal. A noção clássica de cidadania é criticada e vilipendiada, colocando-se no centro das críticas questões como a proteção social[172], um dos fundamentos da própria democracia política. O mantra reproduzido é de que "não pode haver direitos se não houver contrapartidas" (DARDOT, LAVAL, 2016, p.379-380). A racionalidade neoliberal, indiscutivelmente dominante, transforma a democracia em mero simulacro (DARDOT, LAVAL, 2016, p.384).

A versão enfraquecida da democracia que o neoliberalismo aceita é aquela que está distanciada da liberdade política, da igualdade política, do compartilhamento de poder entre os cidadãos, de uma legislação que busque o bem comum e das culturas de envolvimento político. O que o neoliberalismo faz é atacar a democracia sob o disfarce de uma defesa indelével das liberdades individuais (BROWN, 2019, p.77-79).

[172] De acordo com a intelecção de Harvey (2011, p.86) "a rede de seguridade social é reduzida ao mínimo indispensável em favor de um sistema que acentua a responsabilidade individual. Em geral se atribuem os fracassos pessoais a falhas individuais, e com demasiada frequência a vítima é quem leva a culpa".

Aceitar o neoliberalismo equipara-se a anuir que a única alternativa é viver em um regime de interminável acumulação de capital, quaisquer que sejam as consequências sociais, ecológicas ou políticas desta acumulação de (HARVEY,2011, p.195). Para Fraser (2019, p.38-39) sob qualquer manto que seja revestido, o neoliberalismo não é a solução, mas o problema. A mudança de que o mundo precisa deve vir de um lugar que seja, no mínimo, antineoliberal e que una uma política igualitária de distribuição e uma política de reconhecimento que substancialmente inclusiva.

2.3 A construção do neoliberalismo no Brasil e a pós-democracia

O desenvolvimento da economia brasileira, como já visto nesta pesquisa, foi perverso e impulsionador de uma série de desigualdades. No que tange aos aspectos propriamente políticos, tem-se que até 1930 o país viveu sob uma república oligárquica; sob uma ditadura populista (a de Vargas) de 1937 até 1945; e uma ditadura militar de 1964 até 1985. Nos intervalos, democracias muito precárias comandaram o país, sempre ameaçadas por interesses dos mais variados, como por exemplo os das elites fundiárias e o das forças de esquerda (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.20).

Desde a década de 1980, vislumbrava-se a construção de uma democracia brasileira mais consolidada, todavia, após o golpe parlamentar sofrido por Dilma Rousseff em 2016, verificou-se que a liberdade política brasileira continuava bastante frágil (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.20). No momento em que os grupos que efetivamente controlam o país decidiram que o jogo eleitoral não mais o serviam, a democracia foi arruinada. Enquanto a elite brasileira estiver sob o controle “deste poder”, qualquer ordem democrática no país será frágil (MIGUEL, 2019, p.19).

O intervalo temporal entre 1988 (ano em que foi promulgada a Constituição brasileira em vigor) e o ano de 1999 é considerado como o definidor desta transição brasileira ao neoliberalismo, uma vez que as políticas econômicas se pautaram em uma lógica que defendia a financeirização e, em consequência, trazia a reboque a degradação das condições de vida da população mais pobre, aumentando sua exclusão (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.23). As reformas de cunho neoliberal foram, gradualmente, sendo incorporadas à constituição brasileira, principalmente através de regramentos fiscais que eram justificados a partir da necessidade de se controlar a inflação. Com isso, o neoliberalismo ganhava legitimidade e, consequentemente, minava as aspirações de

melhoria social da população, aspirações essas que haviam sido incorporadas à própria constituição de 1988 (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.30).

Para a melhor compreensão da transição do Brasil ao neoliberalismo, um dos focos do presente tópico, se faz necessário dar analisar a história de décadas passadas. Entre, aproximadamente, os anos de 1930 e 1980, o sistema de acumulação brasileiro foi fomentado pela industrialização por substituição de importações (ISI).

O mais significativo papel econômico estatal, no âmbito da ISI, era alicerçar a acumulação privada de capital por meio da regulação e fomento de crédito, subsídios, infraestruturas e insumos baratos para que a matriz manufatureira (fortemente centrada nos Estados unidos) fosse desenvolvida. O presidente João Goulart, tentou, corajosamente, implantar reformas de base no Brasil e, diante do temor que sua ação política causou, foi derrubado por uma coalização de direita liderada por militares brasileiros. Esta coalização surgiu a partir de uma aliança entre o capital interno, o capital externo, a classe média urbana e os grandes latifundiários (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.44-47).

O golpe militar levado a cabo no Brasil contou com uma importante particularidade em relação aos outros que ocorreram na América Latina: ele ocorreu em um período em que ainda ocorria o ciclo expansivo do capitalismo mundial e, com isso, internamente, teve êxito em fazer crescer a economia. Nos outros países sul-americanos, as ditaduras foram implantadas em ciclos recessivos do capitalismo mundial, o que fez com que esses países, inclusive, já experimentassem a sua conversão ao neoliberalismo (o caso do Chile, sob o governo autoritário de Pinochet, é paradigmático). Entre os anos de 1967 e 1968 (ano da decretação do ato institucional nº 5), a ditadura militar aumentou a repressão e implantou uma estratégia econômica alicerçada em dois pontos: investimento público em energia e infraestrutura (com financiamento externo) e expansão do setor de bens duráveis (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.48-49). Os gastos públicos aumentaram e a dívida externa aumentou acentuadamente.

No ano de 1981, o Brasil experimentou uma contração do seu produto interno bruto, o que não ocorria desde 1930. O mercado internacional de crédito foi paralisado para os países considerados “em desenvolvimento” e o Brasil realizou um acordo com o Fundo monetário internacional (FMI) para a implantação de um plano (ortodoxo) de ajuste macroeconômico. O orçamento fiscal brasileiro foi completamente desestabilizado tanto por conta do serviço da dívida externa, como também pela dívida pública interna. Tendo feito a

opção de pagar o serviço da dívida externa, o Brasil teve de cortar investimentos públicos e gastos sociais, levando a degradação da qualidade da educação pública, saneamento básico, saúde pública e rodovias, o que, indubitavelmente, danificou a imagem do governo militar (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.55-57).

Apenas na década de 1980, o Brasil passou por oito planos de estabilização monetária; quatro moedas; onze diferentes índices para o cálculo de inflação; cinco congelamentos de preços e salários; vinte e uma propostas de renegociação da dívida externa e dezoito mudanças nas políticas cambiais (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.68).

Quando as condições econômicas do país se deterioraram sob o comando militar, o regime se enfraqueceu e movimentos democráticos ganharam bastante força. As negociações que envolveram a transferência do poder aos civis ocorreram de forma em que a burguesia e os militares não corressem riscos (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.71-72).

Os movimentos contra a ditadura militar vinham, preponderantemente, de dois locais diferentes: grupos de esquerda apoiados pelos trabalhadores formais, dissidentes da classe média urbana e setores da Igreja Católica ligados à Teologia da Libertação; e de uma coalização entre capitais internos e externos, tanto da indústria como das finanças, que pressionavam o regime militar a abrir o sistema político, o que depois seria identificado como um movimento neoliberal, ainda que embrionário (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.73-74). Estes mesmos capitalistas perceberam que a melhor forma de executar uma transferência "ordeira" ao neoliberalismo seria através da construção de um regime democrático (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.77).

Em 1985, o colégio eleitoral do próprio regime militar elegeu Tancredo Neves, que era civil. Contudo, antes de assumir o cargo, adoeceu gravemente e faleceu. Em seu lugar, assumiu o cargo de presidente do país José Sarney, um contumaz defensor da ditadura militar. A essência dessa nova República que se formava não era complexa: se de um lado eram garantidas amplas liberdades e a cidadania dos mais pobres, de outro lado os militares seriam protegidos de acusações de violação a direitos humanos e não se faria uma distribuição substancial do poder econômico no país (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.78-79).

Este cenário é definido por Anderson (2020, p.18) como um "anticlímax ideológico", o que fez com que o Brasil iniciasse o seu processo de democratização de forma desnorteada. Para Miguel (2019, p.55-56), este processo de democratização coincidiu com o ápice do neoliberalismo global que ocorre com a queda do muro de Berlim em 1989 e o fim

da União Soviética em 1991. O triunfo dos Estados Unidos da América no âmbito da Guerra Fria serviu como grande propaganda das "virtudes do mercado".

O nascente Estado de bem-estar social que nasceu com a constituição de 1988 se viu, desde logo, diante de circunstâncias econômicas muito adversas (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.72). A *carta magna* transferiu às esferas estaduais e municipais o dever de promover os programas sociais, saúde e educação, todavia, não os dotou de recursos suficientes para isso. Ela, ao mesmo tempo que trouxe avanços no campo social, também montou as bases para a invasão do neoliberalismo[173] (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.81-82). Ao mesmo tempo que o governo pagava o serviço da dívida externa, os programas sociais eram considerados muito caros, o que se traduzia em investimentos cada vez menores em habitação, saúde, educação, saneamento básico, etc. (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.83-84).

A *carta magna* brasileira de 1988 possui um caráter claramente paradoxal e isso se deve ao fato dela ser produto de um intenso processo de negociação que envolveu os mais diversos grupos, entre eles: ambientalistas, feministas, defensores dos movimentos negros, sindicalistas, grandes empresas, latifundiários, forças armadas, conglomerados da mídia, grandes empresários, etc. A constituição de 1988 possui o espírito capitalista, apesar de seus notáveis ganhos no que diz respeito à inclusão. Afirmar inúmeros direitos sociais que visavam a melhoria da vida dos mais pobres, sem que houvesse qualquer medida que garantisse a efetividade destes direitos, mostrou-se uma inteligente estratégia do grande capital para reforçar um discurso político orientado pela noção de promoção de direitos, sem ameaçar os privilégios das elites (MIGUEL, 2019, p.53-54). É importante lembrar que no Brasil não se pode afirmar a existência de um Estado de bem-estar social (MIGUEL, 2019, p.41).

Alicerçada na criação um Estado Democrático de Direito pautado, dentre outros elementos, na formatação de um Estado social e sob a perspectiva da prevalência da dignidade humana como norma de referência, a Constituição brasileira não foi capaz de reverter o caráter essencialmente autoritário do Judiciário, regido como se uma gerontocracia fosse. Entre os magistrados, não houve a dispersão desta racionalidade democrática que deveria se impor por conta da nova constituição. Sem a mudança da

[173] É interessante notar que a bancada de deputados Partido dos Trabalhadores (PT) recusou-se a assinar a Constituição Federal de 1988 (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.87).

cultura dos juízes, os avanços trazidos por ela ou não ocorreram ou foram demasiadamente lentos (SEMER, 2021, p.171-173).

A consagração da democracia material não foi completada por conta dos intérpretes da *carta magna.* A formação do Poder Judiciário não espelha a pluralidade contida na população brasileira, o que é um nefasto reflexo do período de escravidão no Brasil (FOLEY, 2018, p.159).

Os detentores do capital se convenciam de que a transição ao neoliberalismo possibilitaria, concomitantemente, a democracia formal, o desenvolvimento econômico e a reprodução dos padrões de desigualdades que existiam no país (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.90). Este encaminhamento ao neoliberalismo foi disfarçado a partir de programas que se diziam destinados a conter a inflação (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.96). A transição política para a democracia foi acompanhada de uma transição econômica ao neoliberalismo financeirizado e globalizado (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.98).

O neoliberalismo, no Brasil, foi validado com a eleição de Fernando Collor em 1989. O candidato prometia em sua campanha eleitoral a eliminação dos controles estatais. Seu foco principal seria a promoção das liberdades e iniciativa particular. O Brasil parecia seguir o fluxo da neoliberalização do continente sul-americano, manifestada pelas eleições de Fujimori no Peru, Menem na Argentina e Salinas no México (ANDERSON, 2020, p.19).

A administração de Collor e a de seu vice, Itamar Franco (Collor sofreu *impeachment* e foi destituído do cargo de presidente da República em 1992) foram caracterizadas por uma política contracionista e que desfigurou em parte o texto constitucional brasileiro (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.101-102).

Para Anderson (2020, p.19) se a democratização brasileira foi muito confusa, a liberalização da economia foi uma farsa. Enquanto Argentina, Peru e México experimentavam crescimentos econômicos, o Brasil estava preso em altíssimos índices de inflação. Após dois anos, o parque industrial brasileiro se diversificou e com isso as taxas de produtividade passaram a aumentar.

Com o *impeachment* de Fernando Collor, Itamar Franco, o vice-presidente, foi de pronto alçado ao cargo de Presidente da República. Na montagem de seu governo, convidou Fernando Henrique Cardoso para ser seu ministro das relações exteriores.

Em 1994, Fernando Henrique Cardoso assumiu a presidência do Brasil. Já no início do seu governo, a hiperinflação foi controlada. Também é necessário fazer menção a redução

das taxas de mortalidade infantil e do analfabetismo. Esses foram inegáveis ganhos trazidos por seu governo. Contudo, eles parecem avanços pequenos quando comparados às políticas macroeconômicas adotadas pelo seu governo que era, em concreto, mais identificado com o defendido por Tony Blair e mais distante daquele de Reagan e Thatcher (ANDERSON, 2020, p.40-41).

O governo de Fernando Henrique Cardoso recorria frequentemente a aportes financeiros oriundos do Fundo Monetário Internacional, aumentando a dívida do país. Essas injeções de dinheiro só eram destinadas ao Brasil uma vez que Washington almejava que o presidente brasileiro continuasse no poder. Havia um alinhamento quase que completo com os Estados Unidos nos principais temas internacionais (ANDERSON, 2020, p.41-45).

Durante a década de 1990 houve um padrão de criação de empregos que, por serem em sua maioria informais ou até mesmo não remunerados, fez com que fossem desnaturados os ganhos advindos da diminuição da inflação, algo que havia sido conquistado a partir do plano Real. O crescimento deste trabalho precário e o aumento da pobreza relativa são sinais hialinos das políticas públicas neoliberais (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.126-127).

Após a conturbada década de 1980, os *liliputianos* crescimentos econômicos do país na década seguinte fizeram com que ela pudesse ser chamada, também, de "a década perdida" (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.130). No final do governo de Fernando Henrique Cardoso, a dívida pública brasileira havia dobrado, as taxas de juros nominais superavam os 20% e a moeda (Real) havia perdido metade do seu valor (ANDERSON, 2020, p.56).

Para conquistar o poder executivo nacional, o Partido dos Trabalhadores aliançou-se com aqueles que haviam obtido perdas decorrentes da implantação de políticas neoliberais. A aliança feita por Luiz Inácio Lula da Silva era composta de quatro grandes grupos: a classe trabalhadora sindicalizada (tanto rural quanto urbana); alguns segmentos da classe trabalhadora informal; uma burguesia interna que enxergava as políticas sociais como instrumentos para se alcançar uma coesão social apta a alavancar o mercado interno; e, por fim, oligarcas das regiões mais pobres do país que haviam sido excluídos da política nacional que se desenrolava em Brasília (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.133-136).

A grande mídia brasileira, nas eleições ocorridas em 2001, exigia que os candidatos se comprometessem com a continuação das políticas econômicas desenvolvidas por Fernando Henrique Cardoso. E foi exatamente isso o que Lula fez. Com este ato, Lula afastou-se de

parte de sua base de apoio. Uma vez que se comprometeu em prosseguir com medidas neoliberais, previa-se que ele apenas conseguiria promover mudanças "marginais" (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.139-141). É neste contexto que Lula nomeia uma equipe econômica ortodoxa para o seu governo.

Como giza Miguel (2019, p.71) "Lula quis entrar na disputa para ganhar também porque uma quarta derrota, por mais heroica e limpa que fosse, significaria permanecer sem os meios para promover mudanças, ainda que limitadas". Ainda na lição do autor brasileiro, o PT havia compreendido que as possibilidades de efetuar uma transformação social eram muito restritas, dada a baixa tolerância das elites brasileiras a qualquer ameaça de seus privilégios (seculares). Desta feita, o propósito primordial parecia ser "conquistar pouco, mas com segurança" do que sonhar com muito e, na prática, nada conseguir (MIGUEL, 2019, p.75).

Um ponto fundamental para a compreensão dos primeiros governos petistas é que Lula havia se comprometido a ajudar as pessoas das camadas sociais mais empobrecidas, camadas que o próprio governante, ex-operário, pertencera. Para isso, ele teria que prover uma conciliação com os interesses dos grandes empresários brasileiros, mas o fundamental era que a miséria deveria ser enfrentada de forma mais enérgica. A identificação de Lula com esta mudança que visava concretizar, tornou-se um dos seus grandes trunfos políticos (ANDERSON, 2020, p.61).

Mesmo após o escândalo do "Mensalão", Lula conseguiu se reeleger em 2006. Para Anderson (2020, p.62-63), a opinião popular não era indiferente aos casos de corrupção, contudo, quando comparadas aos ganhos materiais experimentados no governo petista, as propinas não significavam tanto.

Sua base de apoio, agora, era formada pelos que haviam alcançados grandes ganhos no governo petista e que apoiavam uma mudança governamental ao rumo do "novo desenvolvimentismo" que seria pautado em noções como: não haveria economia forte sem um Estado forte; estes Estado forte e mercado forte deveriam ser construídos a partir de um plano nacional de desenvolvimento que compatibilizasse crescimento econômico e equidade social, afinal, não haveria como reduzir desigualdades sociais sem um satisfatório crescimento econômico (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.152-154). Seu governo levou à maior redução da pobreza da história brasileira (ANDERSON, 2020, p.62).

Programas sociais e programas de crédito aos consumidores beneficiaram milhões de pessoas empobrecidas, mas também beneficiaram o grande capital. Este consumo em massa coexistiu com a manutenção das enormes desigualdades sociais (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.163-164). A variante desenvolvimentista neoliberal desenvolvida por Lula foi inegavelmente impulsionada por financiamentos públicos, expansão do crédito, melhorias para as camadas mais baixas do mercado de trabalho e investimentos das empresas estatais. A implementação desta social-democracia rendeu ao Partido dos Trabalhadores quatro vitórias eleitorais consecutivas para a presidência da República (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.168).

Os governos do Partido dos Trabalhadores afetaram o que há de mais fundamental na estrutura da sociedade brasileira: suas diferenças antropológicas, quais sejam, as diferenças de gênero, classe social, sexo, cor da pele, territorialidade e estatuto (SARDINHA, 2019, p.54-55), o que guarda relação com as temáticas trabalhadas na primeira parte da presente tese e remetem, sobretudo, aos séculos de escravidão que deixaram indizíveis cicatrizes no Brasil.

A vergonha pode justificar a tentativa do oprimido de se defender da condenação do opressor através do mimetismo. Desta feita, o oprimido passa a defender o que tenderia a considerar indefensável, por ter a intenção de misturar-se com o seu próprio ofensor (CASARA, 2020, p.84). Nesta conjuntura, há a notável influência da mídia. Para Miguel (2019, p. p.121-123) a narrativa estabelecida de que a mídia é o principal mecanismo para o *accountability* da política é falsa. Os conglomerados da mídia e seus anunciantes são organizações capitalistas voltadas para o lucro e possuem um conjunto bem definido de interesses. Portanto, neste cenário a imparcialidade é inacessível.

Os dois primeiros governos petistas tiveram bastante êxito ao conciliar interesses tanto dos mais ricos quanto dos mais pobres. Ao lado da inegável redução da pobreza no Brasil, os grandes proprietários beneficiaram-se muito das políticas públicas concretizadas por Lula. Para Anderson (2018, p.72), nunca o capital havia prosperado tanto no Brasil quanto no governo do político brasileiro. Um exemplo fundamental é o do mercado de ações: a BOVESPA subiu 523% entre os anos de 2002 a 2010. De acordo com o mesmo autor, Lula teve a percepção de que haveria como impactar positivamente a vida de muitos brasileiros pertencentes às classes mais baixas, sem que houvesse riscos e custos aos mais ricos, pelo contrário, eles também tiveram ganhos (ANDERSON, 2020, p.89).

Tanto Lula quanto Dilma Rousseff foram acusados de sucumbir às políticas neoliberais. Contudo, a história brasileira evidencia que estas concessões foram necessárias para fazer com que muitos brasileiros, naquela conjuntura econômica e política, tivessem melhoradas suas condições de vida (SARDINHA, 2019, p.112) Após o fim do segundo mandato de Lula, o Brasil elegeu Dilma Rousseff como a primeira mulher a presidir o país. Para Saad Filho e Morais (2018, p.172), politicamente, ela foi a presidente mais à esquerda desde João Goulart.

Dilma Rousseff, em 2012, acaba por ter o que seria um paradigmático conflito com o grande capital. Seu governo tentou impor uma taxa máxima de retorno das concessões rodoviárias, com a finalidade de diminuir o preço dos pedágios e os custos do transporte rodoviário. Os investidores não concordaram com a limitação dos seus lucros. O governo, atuando rigidamente, iniciou ali um pequeno rompimento com o grande capital, o que acarretaria em mudanças no cenário político no país. Outra situação semelhante ocorreu no setor energético. Para diminuir o preço das tarifas, o governo de Dilma Rousseff decidiu eliminar encargos artificiais com o fito de trazer benefícios à indústria. Contudo, o fim destes encargos trouxe uma diminuição significativa nos valores dos dividendos distribuídos aos acionistas minoritários das empresas de energia. Os custos políticos destes atos do governo foram irreversíveis. Mesmo aqueles grandes capitalistas que foram muito beneficiados pelos governos petistas, juntaram-se em campanha para derrubar a presidente (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.176-179).

Ainda assim, em 2014 Dilma Rousseff foi reeleita ao cargo de presidente da República brasileira. Contudo, seu triunfo mostrou-se frágil. Em primeiro lugar, porque coincidiu com uma rápida degradação da economia, com a taxa de crescimento do Produto Interno Bruto do Brasil se tornando negativa em 2014, interrompendo a distribuição de renda promovida pelos governos do PT. Em segundo lugar, houve um furioso ataque político, intentado pela mídia, contra a presidente, ocasião em que se instrumentalizou julgamentos e investigações contra membros do governo. Por fim, a presidente, que na campanha eleitoral adotou um discurso mais à esquerda (distanciando-se do tom conciliatório característico de Lula), se rendeu “a realidade da política” e nomeou para o Banco Central brasileiro um nome incensado pelo grande capital (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.183-184).

Percebe-se que a estratégia formulada pelos governos do PT, desde Lula, pautado em uma espécie de flexibilização do neoliberalismo, era insustentável, na medida em que

qualquer diminuição no ritmo do crescimento econômico tornaria impossível manter suas políticas sociais (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.188-189).

É importante fazer uma análise sob o prisma da classe média. Ela, nos governos do Partido dos Trabalhadores, ficou "achatada" entre a manutenção dos privilégios dos mais ricos, a melhoria das condições dos mais pobres e o aumento dos preços dos serviços urbanos (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.190). Para seus membros, os privilégios da classe média advêm dos seus méritos próprios, enquanto que a população de baixa renda é constituída por preguiçosos que são sustentados com o dinheiro do contribuinte (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.206). Ora, verifica-se que o discurso não mudou muito desde as motivações primevas para a criação das prisões e detenção dos empobrecidos, o que já foi tratado no primeiro tópico desta parte da tese.

A operação Lava Jato foi iniciada em 2014 (o primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rouseff) e, ganhando projeção rapidamente, teve como alvo inúmeros membros do governo e outros dirigentes partidários. Em seu âmbito, nenhuma acusação foi feita à Dilma Rousseff, mas isso não significaria que ela permaneceria no cargo. Na lição de Saad Filho e Morais (2018, p.231) a Lava Jato caracterizou-se por provocar gravíssimas distorções no judiciário brasileiro. Sob o lema de "limpar o Brasil da corrupção", um conluio entre delegados, magistrados e procuradores feriu gravemente o tecido institucional brasileiro.

Na estrutura brasileira, a polícia realiza a investigação, os promotores formulam eventuais acusações e os juízes julgam. A Lava Jato fundiu essas três funções, com promotores e delegados de polícia trabalhando sob a supervisão de um magistrado que, em verdade, controlava as investigações, definia as acusações e, posteriormente, sentenciava. Não havia diferenciação entre as funções de acusar e julgar. No âmbito desta operação, utilizou-se muito a prática da delação premiada a partir da ameaça de prisão preventiva e aplicação de sentenças muito pesadas, a menos que os investigados delatassem outras pessoas que fossem de interesse para as investigações. Na prática, uma verdadeira chantagem (ANDERSON,2020, p.136).

Na medida em que a ala democrática do país espera que os magistrados protejam ou "reforcem" a democracia, ou seja, que a solidez das instituições que a asseguram seja algo a ser colocado "nas mãos do judiciário", já há um grande sinal da degradação desta democracia. (SARDINHA, 2019, p.25).

O jornalista ianque Glenn Greenwald (que chefiou a equipe de jornalistas do *The Washington Post* laureada com o prêmio Pulitzer em 2014) e outros jornalistas que faziam parte do jornal *The Intercept* divulgaram uma série de conversas entre o magistrado Sérgio Moro (responsável pela prisão de Lula em 2018) e o procurador da República Deltan Dallagnol que provavam a imparcialidade do magistrado, posto que ele orientava o trabalho dos acusadores. Clara estava a ausência de respeito aos ditames de um sistema processual penal acusatório.

Sobre o conceito de "imparcialidade", necessária se faz a lição de Semer (2021, p.132-134) para quem a imparcialidade pressupõe a distância das partes, para que o juiz não se sinta obrigado a julgar a favor ou contra alguém. Esta imparcialidade presume independência. Se há poderes políticos, pessoais e econômicos que o impedem de julgar, ele não terá liberdade. A imparcialidade não deve ser confundida com neutralidade, que na prática, é inatingível. Toda a interpretação é um ato político, uma vez que depende de escolhas e premissas influencias por ideias e experiências de vida.

A adoção de medidas altamente questionáveis à luz da constituição federal brasileira e alinhadas às narrativas hegemônicas trazidas pela mídia, buscou afirmar a legitimidade do Poder Judiciário na busca por ser um instrumento de promoção da estabilidade econômica e por guardar as aspirações de parte significativa da população. Completamente embebido em sua tradição oligárquica/autoritária, o Judiciário adota uma política criminal sem qualquer viés crítico[174], reforçando, sobretudo, a exclusão social/racial que coloca o negro no lugar que historicamente o Estado brasileiro o destinou: o cárcere. Grande parte dos magistrados acredita que sua função é combater a criminalidade, quando em verdade, sua função constitucionalmente atribuída é a de promover a garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, para que a democracia material seja alcançada a partir de uma limitação dos excessos da atividade persecutória. A origem desta forma autoritária de atuar do sistema judiciário, por certo, é fundada na desigualdade social e racial que nos foi deixada pela escravidão. Enquanto o perfil dos magistrados se alinharem com o perfil das classes hegemônicas brasileiras, não haverá democracia no âmbito da justiça (FOLEY, 2018, p.161-163).

[174] Na intelecção de Casara (2020, p.129), os magistrados, desde sua seleção até o seu treinamento, estão inseridos em uma "máquina de burocratizar", para que assim não reflitam criticamente acerca de suas atuações (por isso, há um pouco de Eichmann nestes) e evitem o embate com a opinião daqueles que, por estarem em níveis superiores da hierarquia, podem definir a promoção na carreira.

Através de um golpe parlamentar[175], constituído por um tribunal político, foi aprovado o *impeachment* da presidente em 2016, contudo, como aduz Casara (2017, p.207), o fato do julgamento do *impeachment* ser (também) político não significa que se possa julgar sem que haja análise de provas. Para Anderson (2020, p.139) o segundo mandato de Dilma Rousseff, iniciado em 2014, "passou em branco em termos de realizações".

É crucial notar que este golpe parlamentar derrubou Dilma Rousseff sob a aparência de um respeito irrestrito aos termos da constituição, o que contou com a anuência do poder Judiciário. Isto faz com que haja uma dificuldade por parte da população brasileira na percepção de que houve, sim, um golpe parlamentar em 2016 no Brasil, pois, de modo geral, os brasileiros tendem a só consideram golpe de Estado se há protagonismo das forças armadas no processo de substituição do poder. De acordo com a lição de Miguel (2019, p.17), acerca da briga por narrativa e nominação "como todos os golpes, o golpe de 2016 recusa o seu nome. É chamado de impeachment, aceitando que a mera observância do ritual previsto na lei significa que ela foi cumprida quanto a seu conteúdo substantivo".

Em verdade, a partir de 2014, a recessão econômica foi decisiva para minar o apoio do PT. A corrupção que existia pouco incomodava a população enquanto seu padrão de vida subia, mas passou a incomodar quando este padrão diminuiu (ANDERSON, 2020, p.147).

Após a destituição de Dilma Rousseff, quem assume a presidência do Brasil é seu ex-vice presidente, Michel Temer que, em relativo pouco tempo de governo, realiza mudanças drásticas no país rumo a uma neoliberalização intensa, internacionalizada e excludente. É sob a sua gestão que é feita a emenda à constituição nº 95[176] que congela os gastos primários do orçamento fiscal pelo prazo de vinte anos. Logo no ano seguinte, ainda sob o governo de Michel Temer, houve uma reforma das leis trabalhistas brasileiras que "liberalizou" o mercado de trabalho (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.237-238).

Conforme a intelecção de Saad Filho e Morais (2018, p.245-246) o caso brasileiro exemplifica, em quatro distintos aspectos, as limitações da democracia neoliberal: em primeiro lugar, tem-se a própria transição política para a democracia, que ocorreu somente porque houve um acordo em que a elite, aceitando abrir mão de parte do seu poder político

[175] É necessário explicitar porque o ocorrido deve, sim, ser denominado de "golpe". Na lição de Miguel (2019, p.17) houve golpe na medida em que uma presidente eleita de forma legítima, no exercício do seu cargo foi derrubada sem que houvesse comprovação de que ela cometeu uma ação que justificaria o seu afastamento. Em verdade, foi derrubada porque perdeu o apoio da elite econômica, da mídia e do Congresso. Específicos setores do Estado brasileiro, tais como o Judiciário, o legislativo, o Ministério Público, escolheram, de forma unilateral, alterar as regras do jogo (democrático).

[176] A sanha neoliberal foi tamanha, que apenas um mês após o afastamento provisório de Dilma Rousseff, esta legislação foi encaminhada para análise do congresso (ANDERSON, 2020, p.140).

e a ampliação da cidadania, teria como recompensa a falta de investigações sobre os crimes políticos ocorridos na ditadura e a ausência de mudanças estruturais nos padrões de exclusão da sociedade brasileira; em segundo lugar, o neoliberalismo promoveu a concentração econômica mediante a transnacionalização da produção; em terceiro lugar, na transição para a democracia, verificou-se que ela e o neoliberalismo reforçavam-se mutuamente. A democracia é a forma política do neoliberalismo brasileiro. Tanto o é que, a partir do momento em que alguns governos movimentaram-se no sentido de promover uma diminuição da exclusão social das classes empobrecidas, rapidamente a presidente foi deposta e no seu lugar foi colocado alguém muito comprometido com os interesses do grande capital; Por fim, em quarto lugar, tem-se tanto as consequências nefastas do neoliberalismo, quanto as medidas governamentais de diminuição da pobreza, a classe média brasileira foi dotada de um sentimento de ódio e ressentimento contra os empobrecidos e contra a esquerda.

O golpe parlamentar intentado contra a presidente Dilma Rousseff evidencia um nítido rompimento da ordem constitucional brasileira. A democracia brasileira, materializada na constitucionalização de inúmeros direitos sociais, foi demolida em decorrência da concretização de medidas neoliberais cujo maior exemplo é o da Emenda Constitucional nº 95 e suas cláusulas fiscais castradoras que impossibilitam investimentos na área social (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.256).

Durante doze anos (2002-2014), pode-se dizer que o Brasil foi o único grande país no mundo a recusar o aprofundamento do neoliberalismo, ao “suavizar” o rigor que ele impõe às classes mais pobres da população. Esse ciclo foi terminado com a destituição da presidente Dilma Rousseff, ocasião em que as massas populares não se organizaram para defender tudo aquilo que haviam conquistado. Sobre esta conjuntura, impõe-se refletir se os séculos de escravidão que vitimaram o país são os verdadeiros pilares desta passividade popular (ANDERSON, 2020, p.164).

Verifica-se que este golpe fugiu, por completo, das intenções primeiras de seus arquitetos. Em verdade, a partir de uma combinação entre ódio de classe, uma sociedade com enormes cicatrizes escravocratas, o candidato Jair Bolsonaro, um confesso admirador da ditadura militar, venceu as eleições presidenciais de 2018 (SAAD FILHO, MORAIS, 2018, p.267).

Sua chegada à presidência do Brasil surge em um contexto de "vácuo no poder". Diante de uma grande recessão econômica e o total descrédito da classe política, a população buscou uma "mudança a qualquer custo" (ANDERSON, 2020, p.180). Em sua campanha, colocava-se como um *outsider*. Anderson (2020, p.167-168) afirma que ele não foi o primeiro presidente sob essa pecha: Jânio Quadros e Fernando Collor também eram considerados assim (cada um com sua particularidade). Todavia, uma grande diferença há entre Jair Bolsonaro e os exemplos que lhe precederam: enquanto Collor havia sido governador de Alagoas e Jânio Quadros havia sido prefeito de São Paulo, Jair Bolsonaro nunca havia governado.

Sua equipe econômica, a área mais sensível aos interesses do grande capital, foi logo formada por economistas neoliberais radicais que permaneceriam no caminho já iniciado por Michel Temer, o que agradou demasiadamente o grande empresariado nacional. Para o Ministério da Justiça e Segurança Pública, convidou o ex-magistrado Sérgio Moro, aquele que havia condenado Lula e o tirado da corrida eleitoral vencida por Jair Bolsonaro (ANDERSON, 2020, p.155).

Examinando a construção do neoliberalismo em *terrae brasilis* e os seus efeitos, chega-se à conclusão de que, atualmente, não existe democracia no Brasil. Indo além, Sardinha (2019, p.15-18) afirma que o Brasil só é uma democracia "à primeira vista", uma vez que há o funcionamento de instituições como tribunais, eleições[177], partidos políticos, parlamento, etc. Todavia, ao se realizar uma reflexão aprofundada sobre a sociedade brasileira, percebe-se que o passado marcado pelo colonialismo e os séculos de escravidão, aliado à financeirização da economia, impedem o adequado funcionamento das supracitadas instituições e impedem, também, que se possa dizer que houve, um dia, democracia no país[178].

Nem mesmo a constituição de 1988 foi capaz de romper a tradição autoritária brasileira, haja vista que os próprios magistrados, inspirados em uma cultura essencialmente autoritária, possuem dificuldades em compreender/interpretar um texto legal tendencialmente democrático.

[177] Na lição de Miguel (2019, p.42) "a ditadura manteve em funcionamento um simulacro de instituições representativas, com partidos, eleições e parlamento".

[178] Para Sardinha (2019, p.19-20) entre os anos de 2002 a 2016, pode-se dizer que houve uma forte aparência de democracia no Brasil e não um enraizamento de uma nova realidade institucional. Os governos do Partido dos Trabalhadores fizeram crer que a democracia liberal brasileira estava estável, todavia, os acontecimentos políticos que ocorreram logo em seguida, como o *impeachment* de Dilma Rousseff, provam o contrário.

O que se propõe na presente tese é algo mais restrito do o exposto pelo filósofo português, uma vez que não se ocupa a efetuar maiores exames relacionados ao que seria (ou não) a democracia brasileira desde várias décadas passadas. Alinhando-se com o escopo da presente tese, afirma-se que, hodiernamente, não se pode falar em democracia no Brasil, mas sim, daquilo que se convencionou chamar de pós-democracia[179].

Na conceituação realizada por Casara (2020, p.19), o Estado pós-democrático é aquele "sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento me que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor". A separação entre o poder político e o poder econômico foi um incontestável avanço trazido pelo Estado moderno, avanço este que tende a se desaparecer na pós-democracia, gerando uma espécie de regressão pré-moderna motivada pela racionalidade neoliberal.

O que se considera uma verdadeira transformação trazida pelo Estado pós-democrático, não é o desrespeito aos limites do exercício do poder (as ilegalidades sempre ocorreram), mas sim, o desaparecimento total da intenção de se respeitar estes limites. Dentre os sintomas trazidos pela pós-democracia estão: a mercantilização do mundo; o narcisismo; reaproximação entre poder político e poder econômico e crescimento do poder autoritário (CASARA, 2017, p.21-22).

A democracia, com todos os seus princípios e valores, é vista como uma barreira para a razão neoliberal e para um Estado que deve agir sempre em prol dos anseios do mercado. O Estado pós-democrático é aquele absolutamente compatível com o neoliberalismo ao transformar tudo e todos em objetos negociáveis e descartáveis. O funcionamento regular deste tipo de Estado invariavelmente leva ao aumento da violência estrutural, da destruição da natureza e do caos urbano (CASARA, 2020, p.19), além de fazer com que a desigualdade social seja naturalizada e a responsabilidade pela pobreza recaia sobre o próprio pobre (CASARA, 2020, p.105).

A diminuição de investimentos na promoção de direitos sociais é compensada com uma cada vez maior quantidade de respostas penais (CASARA, 2017, p.188). Na intelecção de Miguel (2019, p.182) "a carta de 1988 não foi revogada, mas opera de maneira deturpada e irregular, mesmo no que se refere às garantias mais fundamentais".

[179] Esta terminologia gera muitos debates, posto que o termo "pós-democracia" pressupõe que em algum momento da história brasileira houve democracia, o que, como já exposto, não é um consenso. Contudo, em virtude do massivo uso entre os pesquisadores e na falta de um termo melhor, ele será utilizado no presente trabalho acadêmico, sem que isso signifique um juízo definitivo se houve ou não democracia em períodos anteriores no Brasil.

Na pós-democracia, a liberdade que deve ser preservada é a referente ao direito à propriedade. Nela, a democracia perde por completo o seu conteúdo, persistindo como uma farsa, um álibi para a manutenção de violências e arbitrariedades. As próprias eleições são, em verdade, fraudes, uma vez que os detentores do grande capital "compram" políticos através de doações para suas campanhas e, caso eles não sejam eleitos, ainda podem, à força, colocá-los no poder destituindo políticos legitimamente eleitos[180] (CASARA, 2020, p.22-23).

As de igualdade formal não conseguem aniquilar diversas desigualdades existentes no campo político. Os mais ricos não têm apenas mais condições de disputar por posições de mando, mas também possuem mais canais de acesso a quem exerce o poder, canais esses que são: corrupção, poder de influência sobre a opinião pública, financiamento de campanhas eleitorais, etc. (MIGUEL, 2019, p.38).

Na mesma linha está Castro (2018, p.118) ao gizar que a ida periódica às urnas faz com que exista a ilusão de uma liberdade de escolha dos políticos, quando que na realidade, os candidatos eleitos são aqueles que contaram com amplo apoio de grandes capitalistas, pois assim fazem com que a classe política não ameace seus interesses, não alterando os fundamentos estruturais da sociedade brasileira, perpetuando, assim, a pobreza e a desigualdade.

A já referida aproximação do poder político e do poder econômico nas mesmas pessoas (que geralmente entram na política se apresentando como gestores e *outsiders*) faz com que seja eliminada a relação entre corrompido, corruptor e objeto da corrupção. Não há mais uma relação escamoteada com escopo de produzir efeitos econômicos através do poder político. Os interesses do mercado passam a ser apresentados à população como se fossem de interesse público (CASARA, 2020, p.38), o que é absolutamente perverso.

Em uma perspectiva mais geral, percebe-se que os limites para o exercício do poder econômico são completamente eliminados (CASARA, 2020, p.54-55) e os direitos fundamentais de todo cidadão passam a ser considerados objetos negociáveis. Tem-se que a democracia substancial já não é mais uma preocupação do Estado (CASARA, 2020, p.24).

[180] Na lição de Casara (2020, p.29) "na história do Brasil, sempre que o poder político deixou de ser exercício a serviço exclusivo dos titulares do poder econômico, ocorreram golpes de Estado, alguns explícitos e outros disfarçados". A exceção à regra foram os governos de Lula, que não sofreu um golpe por fazer com que o grande capital não tivesse seus lucros diminuídos. Na mesma toada está Castro (2018, p.118-119) ao afirmar que Lula conseguiu permanece por dois mandatos na presidência da República por não enfrentar os interesses do capitalismo rentista global.

Há uma mera “fachada democrática” que visa esconder o fato de que, na realidade, as decisões políticas são tomadas pelas grandes corporações empresariais (CASARA, 2017, p.24). Estas escolhas políticas não visam a melhoria das condições de vida do povo e não ambicionam a redução das desigualdades tão marcantes na sociedade brasileira. Para Casara (2017, p.213) com o significante “democracia” sendo alijado do exercício do poder, as práticas estatais passam a ser realizadas assumindo como único norte aspectos economicistas e eficientistas, sem quaisquer limites de ordem ética ou jurídica.

Na pós-democracia, à luz da racionalidade neoliberal, o Judiciário comporta-se, na maior parte dos casos, como “homologador dos interesses do mercado” ou como poderoso instrumento de controle dos que não tem poder de consumo (pobres) ou de pessoas que são vistas como inimigas do projeto neoliberal. A noção do “bom juiz”, propagada principalmente pela mídia e “comprada” pela população, está relacionada com o magistrado que percebe o respeito aos direitos fundamentais como óbice à eficiência do Estado e do mercado (CASARA, 2021, p.130-132). Ao lado do bom juiz, está a figura da “boa justiça”, umbilicalmente associada ao aumento da repressão e de práticas autoritárias (CASARA, 2017, p. 44).

No Brasil, o poder disciplinar é bastante funcional ao neoliberalismo. Para Casara (2017, p.54-55), a resposta estatal dada aos que não produzem e não consomem, é a resposta penal através da prisão. Já para aqueles que ainda possuem um “valor de uso”, a violência aplicada é a atrelada ao psicopoder, derivada do excesso de positividades e “superdesempenho”. É fundamental compreender que os direitos fundamentais, entendidos como obstáculos ao poder punitivo e à eficácia do mercado, são relativizados com o objetivo para controlar aqueles indesejáveis aos olhos do grande capital (CASARA, 2017, p.57). Na pós-democracia, o inimigo é todo aquele que não possui valor dentro da racionalidade neoliberal (CASARA, 2017, p.75).

Os componentes formais da democracia sobrevivem à pós-democracia., o que se mostra compatível com a complexidade da conjuntura (CROUCH, 2004, p.22). Para a concretização de um modelo de Estado Democrático de Direito, não basta a verificação da presença da democracia formal e suas eleições periódicas. É necessário, na realidade, que o Estado produza garantias para o exercício e o respeito aos direitos sociais e liberais (CASARA, 2017, p.63). Isso não se verifica no Brasil atual. O que ocorre é exatamente o contrário: os

princípios constitucionais são rotineiramente rejeitados pelos órgãos estatais (CASARA, 2017, p.69).

No Estado pós-democrático, o poder penal encontra-se livre para atender aos anseios dos interesses do poder econômico e do poder político, o que decorre da consideração de valores como "justiça" e "liberdade" como se mercadorias de pouco valor fossem. Este poder penal, que antes se relacionava com o mercado de trabalho, cuja relação entre o cárcere e a fábrica é inegável (o que já foi tratado na presente tese) a partir da ideia de que a punição introduzia o apenado à "cultura do trabalho", hoje possui uma finalidade política diferente, qual seja, a neutralização daqueles que não atendem à racionalidade neoliberal (CASARA, 2017, p.92-93). A maior característica do poder penal do Estado pós-democrático, o qual o Brasil está inserido, é a completa ausência de limites do exercício do poder, não havendo interesse estatal na proteção de direitos e garantias fundamentais do cidadão (CASARA, 2017, p.95-96).

A lógica capitalista, da qual decorrem as desigualdades sociais e econômicas, a privatização do mundo e monetarização das relações humanas, bem como a extrema competição entre os indivíduos e a quebra dos laços de solidariedade servem de obstáculo para a democracia. Apenas um genuíno enfrentamento a essa lógica do capital é capaz de promover um ambiente efetivamente democrático. Enquanto as formas de cooperação social forem orientadas pelo mercado, a democracia está condenada a servir tão somente como um "verniz" institucional para práticas que não denotam seus ideais. Não há possibilidade para se estabelecer uma democracia no Brasil sem que haja um combate às suas desigualdades (MIGUEL, 2019, p.190).

A existência de limites ao exercício do poder é condição indispensável à democracia. Dentre estes limites, reitera-se, estão os direitos fundamentais (CASARA, 2018, p.12). A pós-democracia não é uma variação da democracia, mas sim, seu esvaziamento (CASARA, 2018, p.16).

2.4 Justiça criminal negocial: maior símbolo da racionalidade neoliberal no processo penal

Como apreendido nos tópicos anteriores, o Brasil foi transpassado pelo neoliberalismo e encontra-se no "estágio" da pós-democracia. A racionalidade neoliberal faz do Judiciário, na prática, um "homologador dos interesses do mercado", negligenciando a

necessidade de respeito aos direitos e garantias de qualquer cidadão brasileiro. Os próprios direitos fundamentais, não raro, são vistos como obstáculos à eficiência de um sistema punitivo cada vez mais repressor.

Propõe-se a realizar análise do que se considera, aqui, o maior termômetro da chegada da pós-democracia no Brasil, qual seja, a utilização massiva da justiça criminal negocial. Com ela, percebe-se que o neoliberalismo, após fincar suas raízes em várias partes do saber, coloniza o Direito de forma inextricável, e isso se dá, principalmente, quando transforma o processo penal "em um grande mercado", em que, como qualquer mercadoria, direitos fundamentais são negociados entre acusação e defesa.

Por isso, desde logo, afirma-se de forma veemente que a utilização vigorosa destas zonas de negociação e "consenso" presentes na Justiça criminal negocial é considerada como o maior fator (ante a sua falta de respeito aos direitos fundamentais do cidadão) na caracterização de um Estado pós-democrático contaminado pela lógica neoliberal, como o Estado brasileiro que, como já exposto, se assenta sobre bases notoriamente racistas e autoritárias

Transformar o Direito em um grande mercado, no qual direitos fundamentais são transacionados como se mercadorias fossem é o maior sinal da impregnação da racionalidade neoliberal no âmbito jurídico, uma vez que afeta valores como a dignidade e liberdade humanas.

Esta racionalidade, ao mesmo que tempo que se relaciona (ao menos no discurso penal) com uma forma de pensar pautada em conceitos como "eficiência" e "produtividade" (odes do neoliberalismo atual), busca seu esteio em noções extremamente antigas, ínsitas à Inquisição medieval e de lá trazem um significativo grau de perversidade e autoritarismo, principalmente no que concerne à exigência da confissão do investigado, ato confessional este que no medievo tinha o condão de expiar os pecados perante o inquisidor e, atualmente, tem o condão de possibilitar a negociação perante o Ministério Público.

Pode-se dizer que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, abriu-se espaço (a partir da intelecção do seu artigo 98, I) a estas zonas de "consenso", tendo a *magna carta* sido o gérmen deste influxo cada vez mais forte de robustecimento da justiça criminal negocial. Esta ideia pode ser extremamente paradoxal, todavia, cumpre-se lembrar algo já exposto neste escrito: a Constituição brasileira teve que adequar postulações de

grupos políticos extremamente diferentes entre si, o que gerou contradições internas, dentre as quais, a possibilidade de transação de garantias individuais no âmbito criminal.

Em especial após a Constituição brasileira de 1988, vários mecanismos com vistas à agilização de trâmites processuais foram previstos, entre eles, destaca-se a criação dos juizados especiais cíveis e criminais (AZEVEDO, 2002, p.68). É necessário salientar que, apesar da importância dos referidos juizados, o modelo de justiça criminal negocial é muito mais amplo.

Se pretende realizar uma análise crítica desta que é a materialização mais nefasta da racionalidade neoliberal no Direito brasileiro e que fez com que, no país, não se pudesse mais afirmar que há uma democracia, mas sim, uma pós-democracia em que já não existe sequer constrangimento em se afirmar a falta de preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. De forma objetiva, tem-se que direitos fundamentais são diuturnamente negociados nos fóruns criminais e tribunais de justiça brasileiros em prol da eficiência (neoliberal) do sistema de persecução criminal.

Os institutos de justiça criminal negociada no Brasil são a transação penal, a suspensão condicional do processo, a delação premiada, o acordo de leniência e o acordo de não persecução penal. Ainda que os dois primeiros institutos tenham importância ímpar neste processo de fortalecimento da justiça criminal consensual brasileira, a partir da promulgação da lei 9.099/95 e da implantação dos juizados especiais criminais, a presente tese fará análise dos dois últimos, uma vez que exigem a confissão do acusado para que benefícios lhe sejam dados, tornando evidente sua forte ligação com o sistema inquisitório e sua completa dissonância com os preceitos garantistas trazidos pela Constituição brasileira de 1988, como o respeito ao contraditório, à ampla defesa, à legalidade, etc.

No presente tópico, visa-se tratar, de forma ampla, da justiça criminal negociada e, principalmente, como ela se adequa aos preceitos neoliberais e degrada a ideia de um processo penal democrático. Desde logo, é necessário fazer alguns esclarecimentos no que tange às nomenclaturas utilizadas. Nesta tese utilizar-se-á como sinônimos os termos: justiça penal negocial, justiça criminal negociada, justiça criminal consensual, justiça premial e justiça criminal negocial, com todos estes conceitos tratando-se, como já dito, de um gênero no qual institutos como a delação premiada, o acordo de não persecução penal, acordo de leniência, suspensão condicional do processo e a transação penal são espécies.

É necessário, também, afirmar que, mesmo tendo a presente tese a intenção de refletir acerca de institutos processuais penais brasileiros, suas influências recebidas do sistema penal ianque, sobretudo a partir do instituto denominado *plea bargaining*, são muito significativas, sendo ele uma relevante referência no âmbito do direito internacional em termos de justiça penal negocial. Portanto, perceber-se-á que muitas críticas direcionadas ao *plea bargaining* se encaixam perfeitamente no que é discutido na justiça criminal negocial brasileira, razão pela qual, não raro, servirão como "guias" para os estudos aqui realizados.

Primeiramente, cumpre-se trazer a definição de justiça criminal negocial que, para Vasconcellos (2015, p.55), expressa-se pelo modelo em que há aceitação, tanto pela defesa quanto pela acusação, de um acordo de colaboração processual que, em regra, impõe ao réu o afastamento de sua postura de resistência e, por outro lado, lhe traz alguns prêmios, como forma de se facilitar a imposição de uma sanção penal. Em regra, este acordo traz supressão (integral ou parcial) de fases do processo, encerramento antecipado e abreviações da persecução penal.

Os conceitos de justiça criminal negocial e barganha, para os fins da presente tese, não são sinônimos, apesar de notar-se grande proximidade entre ambos, uma vez que se considera a barganha como uma espécie daquela.

Na lição de Vasconcellos (2015, p.68) ela "resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado".

Para o mesmo autor, a barganha possui como três pressupostos básicos: a renúncia à defesa por parte do imputado, a antecipação da pena e a esperança do acusado de receber um prêmio por conta de seu aceite. O ponto fundamental para a caracterização da barganha é que, seja ela implícita ou explícita, sempre acarretará em um reconhecimento de culpabilidade. O exercício da barganha é absolutamente incompatível com o exercício do direito de defesa (VASCONCELLOS, 2015, p.68-69). Dentro deste grupo, pode-se colocar, por exemplo, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Uma democracia não pode aceitar que o seu processo penal seja desvirtuado ao ponto de servir apenas como uma via mais cômoda, econômica e eficiente. No mais, tem-se

que a expansão do poder punitivo que o uso de zonas de “consenso” no âmbito penal traz, por certo, não acarreta em uma diminuição da criminalidade. A ideia de “apostar as fichas” no aumento da repressão é absolutamente mistificadora. O que se percebe é a flagrante destruição da proteção dos direitos fundamentais de todo e cada cidadão em nome da absoluta falta de competência (ou seria falta de interesse?) estatal para sanar os problemas que, verdadeiramente, causam a criminalidade (LOPES JR, 2002, 101-102).

Não é por outra razão que Casara (2015, p.202) afirma que “não há qualquer comprovação de que o direito penal ou o processo penal sejam capazes de atender ao ideal de pacificação social”. O mesmo autor indica que insistir neste mito faz com que a utilização do poder penal aumente exponencialmente sem que sejam experimentadas melhoras nos índices de criminalidade. Este discurso falacioso tem como real intenção manter as seletivas estratégias de controle social que reproduzem o sistema de produção capitalista.

Por conta das demandas populares por segurança, desenvolve-se um discurso que propaga a ideia de que a “paz social” só chegaria com o aumento da repressão penal, o que justifica a perene expansão do sistema punitivo estatal que se dá sob uma lógica neoliberal, pois preza, mais do que qualquer outro aspecto, pela eficiência (BRITO, 2016, p.25). Não se trata de discutir acerca da maldade que o poder punitivo diz combater. É preciso, somente, mostrar que ele não o faz (ZAFFARONI, 2013, p.70)

Para, desde já, esclarecer as bases conceituais que se utilizará ao longo desta segunda parte da tese, sobretudo porque o tema conta com muitas cizânias, consigno que, para os fins desta tese, barganha não será sinônimo do instituto da delação premiada, posto que a segunda exige, além da confissão, a incriminação de terceiros coautores e o desvelamento de informações para o desenrolar da produção probatória, com a intenção de buscar, em regra, uma redução de pena (o que confere à delação premiada mais complexidade).

Na lição de Vasconcellos (2015, p.117) “na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros (embora acarrete, em regra, a condenação do delator em razão de sua confissão)”. Isto posto, barganha e delação premiada, apesar de

diferenciarem-se, estão abarcadas pelo "grande grupo" da justiça criminal negocial, com cada uma tendo aspectos específicos[181].

No dizer de Vasconcellos (2015, p.100-101) mesmo que os institutos que compõem a justiça criminal negocial tragam características distintas entre si, todos compartilham um elemento fundamental em comum: a concordância do réu com a acusação e o fato dele consentir com obrigações acordadas.

O princípio da obrigatoriedade[182] relaciona-se com a ideia de que todos os fatos puníveis pelos quais as autoridades tomarem conhecimento devem ser alvo de persecução. Nenhum critério discricionário e arbitrário poderia justificar a não persecução penal de um fato punível por parte de uma autoridade pública (VASCONCELLOS, 2015, p.46-47). A noção de oportunidade contrapõe-se à ideia de obrigatoriedade, uma vez que se relaciona com a não persecução penal justificada por critérios utilitários, econômicos, de política criminal, etc. É fundamental afirmar que estas situações que justificam a não persecução penal e demarcam as zonas de "oportunidade" devem estar taxativamente previstas em lei. Assim sendo, o princípio da oportunidade, ao relativizar a obrigatoriedade, não se choca, necessariamente, com o Estado democrático de Direito (VASCONCELLOS, 2015, p.48-49). Se as hipóteses de não persecução penal estão previstas em lei, não há que se falar em desrespeito ao princípio da legalidade (VASCONCELLOS, 2015, p.49-50).

O âmago da justiça criminal negocial relaciona-se a um suposto benefício a todos os atores processuais que dela participam: o Estado, ao dar prêmios ao imputado, economiza recursos e robustece sua pretensão punitiva, dotando-a de maior eficiência devido ao seu menor custo e maior rapidez nas condenações; o acusado evitaria maiores gastos financeiros, inseguranças e um processo judicial moroso; os advogados de defesa teriam o pagamento de seus honorários de forma mais rápida e teriam o abrandamento de suas responsabilidades; os promotores de justiça reduziriam suas cargas de trabalho e conseguiriam um grande número de condenações, atendendo ao clamor popular; e, por fim, os juízes, que contariam com significativa redução em sua carga de trabalho (VASCONCELLOS, 2015, p.81-83).

[181] Ainda assim, por rigor metodológico e acadêmico e, principalmente, reforçando a exposição da dificuldade de se assentar estas bases conceituais, cumpre-se indicar posições contrárias a esta identificação aqui trazida, posto que a negociação entre acusação e imputado pode versar tão somente sobre procedimentos processuais a serem seguidos, mantendo hígido o exercício de defesa. Desta feita, se afirmaria existir a presença de justiça consensual, mas não a barganha, por não haver qualquer violência ao direito de defesa (VASCONCELLOS, 2015, p.71). Ainda que haja esta possibilidade, por ser de dificílima visualização na prática, reforço a opção da presente tese de se considerar a barganha como espécie do gênero "justiça criminal negocial".

[182] Princípio cuja referência já se fez na primeira parte desta tese, ocasião em que o atrelou ao respeito a outros dois princípios: o da igualdade e o da publicidade.

Este benefício é suposto porque não são todos os que o aproveitam. Após uma análise desta configuração processual, percebe-se o quão perverso é este cenário para o imputado, muitas vezes convencido que, ao submeter-se ao acordo, sua situação irá melhorar. Para Vasconcellos (2015, p.82) "o único que cede é o indivíduo perseguido penalmente e cede a única coisa que possui, todas e cada uma de suas garantias, ou seja, toda limitação ao exercício do poder penal".

Enternecido no centro do perverso espetáculo negocial, o que pode o acusado oferecer em troca da diminuição de sua pena, além de sua confissão ou a incriminação (mesmo que infundadas) de outros corréus? (FERRAJOLI, 2002, p.601).

Como já exposto, há discurso que afirma a situação favorável do acusado quando colocado no contexto de negociação, uma vez que, assim, ele poderia participar ativa e livremente na decisão do caso, o que seria uma manifestação de respeito à sua dignidade. Todavia, este é mais um discurso falacioso, posto que, em realidade, o acusado não participa livremente das negociações, sendo o acordo imposto pelo órgão acusador a partir de ameaças e coerções. Quanto à sua participação, muito mais relevante seria seu exercício no âmbito do processo penal (ordinário), com o respeito à sua ampla defesa e momentos de fala. A coercitividade ínsita à justiça premial fragiliza as bases dos acordos formalizados, posto que o acusado, efetivamente, não possui liberdade para negociar (VASCONCELLOS, 2015, p.83-84).

Não se pode ignorar que todo o acordo resulta, em maior ou menor escala, em uma pressão sobre a vontade do acusado. Ao contrário, o sistema não funcionaria da forma como funciona. Percebe-se que a linha que separa o "regular incentivo" para o aceite do acordo e a utilização de fórmulas coercitivas, é bastante tênue (WINTER, 2019, p.37).

É por esta razão que a palavra consenso constantemente estará entre aspas nestas linhas. Isso se deve porque a noção de que é possível, na esfera do processo penal, haver um consenso, revela-se um mito. A almejada celeridade dos procedimentos penais, para além de provocar a eliminação da produção probatória, provoca também a utilização de prisões preventivas como regra. O furor pelo abreviamento dos julgamentos ignora a facticidade, não importando a ausência de provas ou se a confissão extraída é sustentável: o procedimento se justifica a partir da vontade das partes (a tão neoliberal "liberdade para contratar"). Com a enxurrada de legislação no sentido de fortalecer a justiça premial, a

tendência é que a sociedade tenda a naturalizá-la e encará-la como "uma realidade dada" (CASARA, 2015, p.188-190).

A decantada "consensualização" do processo penal brasileiro, assim como ocorre com o português, italiano ou francês não se baseia em procedimentos de verdadeiro consenso, mas sim, em meras concordâncias de propostas formuladas por um ou mais atores processuais dirigido a outro ou a outros (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p.21).

Estes mecanismos de barganha são legitimados, por parte de seus defensores, a partir de questões eficientistas e utilitárias, mas nunca a partir de suas bases constitucionais[183], o que demonstra sua fragilidade por não haver uma legitimação aceitável. O triunfo do sistema criminal negocial se deve à adesão aos interesses daqueles que são os responsáveis pela gestão do processo criminal e que possuem maior poder na esfera punitiva estatal: os magistrados e o Ministério Público. Toda esta arquitetura foi montada por eles para beneficiar os seus próprios interesses. (VASCONCELLOS, 2015, p.87-88).

A motivação do debate acerca da barganha no processo penal se dá por conta da incapacidade do Estado em responder, de forma adequada, as demandas de regulação que surgem das expectativas geradas pela configuração de um pretenso Estado do bem-estar social (PRADO, 2002, p.81).

No âmbito do processo penal, o acordo deve respeitar três requisitos basilares: voluntariedade, inteligência e adequação. Ele apenas será legítimo se for realizado sem pressões ou coações; o judiciário deve garantir que o réu tenha conhecimento acerca das imputações a ele formuladas, os fatos descritos pelo acusador e as consequências que o aceite ao acordo podem gerar. Por fim, tem-se a adequação, relacionada a ligação, ainda que mínima, entre as imputações assumidas pelo acusado e àquelas que, teoricamente, estariam relacionadas com os fatos que ocorreram.

Neste sentido, leciona Prado (2002, p.95) que as zonas de "consenso" no processo penal violam a qualidade do processo, posto que ela depende "do valor verdade contido na sentença penal para assegurar a legitimidade do exercício do poder de punir".

Ainda que seja evidente a impossibilidade do processo penal atingir a suprema "Verdade Real", considera-se que, sob pena de um profundo descrédito dos sistemas de justiça e de todo o Poder Judiciário, não se pode dispensar "alguma porção de verdade"

[183] De modo similar, afirma John Langbein (2020, p.168) "se você busca na Constituição dos Estados Unidos legitimação para o *plea bargaining*, você a procurará em vão.

dentro das decisões judiciais, isto porque verdade e justiça estão ligadas (ALBERGARIA, 2007, p.141-142).

A pena passa a depender, quase que de forma exclusiva, da vontade das partes, principalmente da vontade do acusador. A jurisdição, aqui, não é cognitivamente legitimada. A realidade fática do caso torna-se ficção, adstrita à limitadora representação das partes, abrindo espaço para toda sorte de perversidades, arbitrariedades e decisionismos, uma vez que o compromisso das partes se atrela às suas consciências, transformando a imposição da pena a um simples ato de vontade (CASARA, 2015, p.188-190).

A aplicação de uma sanção puramente submissa a uma perspectiva eficientista e absolutamente afastada da verdade dos fatos obliteraria a verificação das "funções atribuídas às penas". Fulminaria, também, até mesmo a ideia de retribuição, tão difícil de ser vinculada com a aceitação da culpabilidade, uma vez que, nos acordos, não há como se desenvolver uma proporcionalidade entre sanção, culpabilidade e os fatos praticados (ALBERGARIA, 2007, p.125-127). Como se poderia afirmar, por exemplo, a função de prevenção geral se a pena a ser recebida pelo acusado, após o aceite do acordo, será muito menor do que o estipulado no código penal?

Além de toda a estrutura da justiça negocial obedecer aos interesses de quem desempenha a gestão criminal, este modelo de resolução de conflitos penais expõe a grande incapacidade do Estado de investigar os delitos, tanto é que precisa utilizar de artifícios que notadamente violam os princípios éticos da atuação estatal. Em razão da sua inaptidão, o Estado busca a colaboração daqueles que estão sob a sua incidência punitiva iminente, eximindo-se de procurar provas idôneas aptas a romper com a presunção de inocência que alberga o imputado. Mesmo sem vontade de colaborar, ou até mesmo sem possuir informações bastantes para tanto, muitas vezes o acusado atua desta maneira por temer ser prejudicado ao apresentar uma postura de resistência à acusação (VASCONCELLOS, 2015, p.125-126).

Guiada por uma lógica eficientista neoliberal, a justiça criminal negocial justifica sua busca pela abreviação dos processos, principalmente, em virtude dos seus custos econômicos. Para agilizar os processos judiciais, optou-se por despi-los de formalidades e apostou-se em possibilidades de "consenso", pois, com o manejo destas estratégias, se poderia encerrar celeremente muitos processos. Isso foi feito no Brasil sem que houvesse um debate mais acurado sobre as nefastas consequências que poderia gerar (PRADO, 2002,

p.88). São atribuídas penas em "ritmo de *fast food"* já que são "punições para consumo rápido", às custas de direitos fundamentais (GOZDAWA DE SULOCKI, 2020, p.88-89).

Este cenário de negociação entre acusação e réu, em que, sob uma lógica estritamente neoliberal, direitos são considerados como se mercadorias fossem, é absolutamente inadmissível dentro de um Estado democrático de Direito. Na lição de Vasconcellos (2015, p.149), na justiça criminal negocial, há uma supervalorização das táticas processuais, afastando-se da sanção o fato delituoso praticado. Considera-se mais as estratégias processuais escolhidas do que o fato praticado em si. Para Aury Lopes Jr (2002, p.110) "é a introdução da lógica do *plea negotiation*, transformando o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo".

O mesmo autor aduz, ao tratar das áreas de "consenso" no processo penal, que "ainda que eufemisticamente tratados por parte da doutrina como alternativas não punitivas, representam a concretização antecipada do poder penal a partir da renúncia à defesa pelo réu" (VASCONCELLOS, 2015, p.212).

Normativamente, o magistrado deve ser o garantidor dos aspectos legais do acordo no momento de sua homologação, sobretudo no que consiste ao respeito dos direitos fundamentais do acusado (VASCONCELLOS, 2015, p.138). Contudo, essa atuação do juiz mostra-se completamente esvaziada, pois meramente formal, consistindo em uma "mera tarefa burocrática" que sequer traz em si a exposição de suas motivações (VASCONCELLOS, 2015, p.149).

Acerca do sistema criminal negocial, Vinicius Vasconcellos elenca cinco críticas fundamentais do modelo premial, que guardam suas importâncias por irem nos pontos fulcrais da deslegitimação entre seus institutos (como a delação premiada e o acordo de não persecução penal) e o cariz acusatório demarcado na Constituição brasileira de 1988. Estas críticas serão utilizadas para estruturar o presente tópico.

A primeira crítica é a expansão do direito penal causada pela generalização dos espaços de "consenso" na esfera criminal, que faz com que o poder punitivo estatal consiga responder, com cada vez mais "eficiência", as demandas sociais por mais punição, muitas vezes sem que haja o controle efetivo do judiciário (VASCONCELLOS, 2015, p.154). Afirma o mesmo autor que "os mecanismos negociais são instrumentos de expansão do poder punitivo, que se concretizam com o objetivo de impor uma punição célere e inquestionável,

de modo que os atores envolvidos restam instrumentalizados por tal pretensão" (VASCONCELLOS, 2015, p.202).

O que antes mostrava-se como apenas uma possibilidade, hoje concretizou-se: na América Latina[184] os instrumentos de justiça penal consensual foram absorvidos por uma dura burocracia judiciária e, simultaneamente, impulsionam discussões acerca da diminuição da proteção de direitos fundamentais , estes que, na maioria das vezes, só são gozados por aquela parcela mais rica da população que pode gastar dinheiro para proteger-se da tenebrosa restrição de suas garantias fundamentais (PRADO, 2002, p.91-92).

Com a expansão do sistema penal, abarca-se cada vez mais um maior número de condutas criminalizadas e aumenta-se a possibilidade de relativização de direitos fundamentais, fazendo com que o processo penal tenha cada vez menos a função de limitação do poder punitivo. Pelo contrário, percebe-se que o sistema punitivo estatal, em verdade, preocupa-se em garantir a ordem daqueles que estão inseridos dentro da lógica do mercado e em neutralizar aqueles que estão fora, ideia esta que se relaciona com a noção de "atuarialismo" já referenciada na presente tese (VASCONCELLOS, 2015, p.155). Afinal, se o crime se trata de uma responsabilidade individual, deve-se combater a figura do criminoso.

A fenomenologia de massa está marcada pela globalização e tem seu ritmo ditado pelo neoliberalismo. Uma das consequências disso é que, não só o mercado, mas também o Direito está voltado para o "homem econômico". O indivíduo que interessa é o consumidor. O indivíduo não-consumidor é introduzido no sistema penal, sendo colocado à margem (ou seja, é marginalizado) e visto como um "não cidadão". A sociedade o exclui porque ele não consome. Ser "ineficiente" na função de consumir, dentro da racionalidade neoliberal, é uma pecha vergonhosa. Sendo excluído e estigmatizado, torna-se um alvo muito fácil para as agências de controle estatal. De forma evidente, esse tratamento "excludente-privilegiador" é traduzido com vigor na justiça negociada (LOPES JR,2002, p.108-109)

Os custos sociais decorrentes da lógica neoliberal e o papel do sistema criminal no interior dela são tenebrosos. Já que o neoliberalismo fez com que as obrigações positivas do Estado, no campo social, tivessem menor atenção, o Direito penal começou a ser utilizado como autêntico mecanismo de controle social dos indesejados pelos detentores do grande

[184] Países como Uruguai e Paraguai também adotam, de forma massiva, institutos negociais no processo penal.

capital, ainda que isso seja escamoteado no “discurso oficial” dos governos (BRITO, 2016, p.36).

A segunda crítica trazida reside na indevida subordinação da Justiça aos interesses pessoais dos atores judiciais que atuam na esfera criminal. Como já citado, nas negociações realizadas, em muito os magistrados tem a ganhar, posto que percebem diminuir significativamente suas cargas de trabalho, além de contarem com um bálsamo às suas consciências no ato de julgar, posto que, a partir do “consenso”, conseguem imputar sanção ao acusado; dificilmente suas decisões serão alvos de recursos; e, por fim, também conseguem bater as “metas de quantidade” de julgamentos. Também são beneficiados os acusadores públicos, por terem, também, uma redução drástica na quantidade de trabalho e, além disso, por conseguirem com mais facilidade as condenações dos imputados, o que serve para formar/manter seu prestígio ante os clamores sociais que rogam por cada vez mais punição. Por fim, os advogados de defesa também saem ganhando neste cenário, posto que, além de receberem mais rapidamente os seus honorários por conta da celeridade do término dos processos, conseguem patrocinar cada vez mais clientes, além de perceberem no estímulo ao acordo uma forma de manter um bom relacionamento com os magistrados e Ministério Público. O retumbante triunfo da barganha no interior do sistema criminal se deve ao fato dele servir como instrumento aos interesses de quem possui o poder (VASCONCELLOS, 2015, p.159-161).

É necessário ressaltar que, a partir deste cenário, é fundamental pensar que o sistema penal não está apartado dos outros sistemas sociais. Pelo contrário, sua atuação responde a expectativas sociais cuja frustração ou realização possuem um grande peso na forma como a população avalia o seu governo (PRADO, 2002, p.86).

Nesta “simbiose burocrática”, em que tanto juízes, acusadores públicos e advogados de defesa saem ganhando a partir de uma perversa colaboração mútua, há um ajuste para que eles, de alguma forma, coajam a realizar o acordo o único que tem (muito) a perder: o imputado. Assim, pressionado “por todos os lados”, ele “escolhe” ter sua sanção penal antecipada (e abrandada) graças ao reconhecimento de sua culpabilidade. Há, assim, um nítido rompimento do que se almeja no sistema acusatório (VASCONCELLOS, 2015, p.162-163). Fazendo alusão ao *plea bargaining,* Albergaria (2007, p.32-33) indica que o instituto ianque também foi construído pelos atores processuais para a satisfação dos seus próprios interesses.

Ainda sobre esta conjuntura que se impõe, cumpre, mesmo que sem pretensão de esgotar a temática, tratar sobre as noções de tempo e eficiência que aqui andam lado a lado. O tempo do Direito é completamente diferente do tempo da sociedade e essa desvinculação entre ambos acarreta um problema: a sociedade não quer esperar pela conclusão do processo judicial (LOPES JR, 2002, p.115). Há um notório choque entre o tempo absoluto do Direito e o tempo subjetivo do acusado, especialmente o tempo de ser julgado em um prazo razoável, já que o processo, em si, já pode ser considerado como uma pena (LOPES JR, 2020, p.107-108).

No âmbito do Direito penal, especificamente, José Faria da Costa (2010, p.15-16) afirma haver o embate do tempo breve e do tempo longo, sendo que este último não se confunde com a "justiça lenta". Assim, enquanto o mundo clama pela brevidade dos procedimentos, o tempo do direito penal é o longo, dada a necessidade de se efetuar sem atropelos as investigações e análise das provas carreadas aos autos. O custo de se transformar o tempo do Direito é a violação a um grande número de garantias do acusado, o que é inaceitável em uma democracia.

Por óbvio, não está se realizando aqui a defesa de um Judiciário moroso e desidioso. Até porque a demora excessiva da prestação jurisdicional também causa uma série de lesões a direitos fundamentais do réu. Como exemplo, cita-se que a demora excessiva degrada, cada dia mais, as versões defensivas do acusado, atingindo a sua presunção de inocência, bem como degrada o exercício da defesa, seja por conta dos gastos prolongados com honorários advocatícios, seja porque sua estigmatização social torna-se mais forte (LOPES JR, 2020, p.109-110).

Assim, sem dúvidas, é necessário que o processo penal não demore para além do necessário. Talvez até mesmo deva ser agilizado. Todavia, a aceleração do processo deve ser pensada e organizada sob a perspectiva de quem sofre a acusação, logo, sem que haja uma utilitarista supressão de direitos fundamentais (LOPES JR, 2020, p.128).

Os juízes são constrangidos a decidir cada vez mais rápido e os legisladores para criarem procedimentos cada vez mais céleres. Esquece-se, assim, que o tempo para o Direito é questão de garantia, não sendo adequado eliminar o tempo de maturação e reflexão para o ato de julgar (LOPES JR, 2002, p.115). É sempre importante ressaltar que a duração irrazoável do processo pode decorrer tanto de uma duração excessivamente morosa ou excessivamente célere (CASARA, 2015, p.192).

A terceira crítica formulada relaciona-se à difícil questão dos inocentes. A "injustiça intrínseca ao sistema" faz com que aqueles que não queiram submeter-se aos nefastos acordos, sejam vistos como "perturbadores da ordem" e a eles cairá mais pesadas punições, o que, por certo, faz com que inocentes sejam (indevidamente) punidos. Assim, o direito a não autoincriminação torna-se letra morta na legislação se há uma premiação àquele que se autoincriminar e, de forma contrária, se há punição mais pesada àquele que não o fizer. A voluntariedade na barganha é absolutamente falaciosa, pois as ameaças são inerentes à sua estrutura (VASCONCELLOS, 2015, p.167-168).

A realização de pactos no âmbito do processo penal faz com que coações e ameaças realizadas pelo acusador público gere, não raras vezes, autoacusações falsas e calúnias, afinal, tudo torna-se mais difícil para quem não está disposto a "fechar o negócio". O acusado, principalmente o inocente, é colocado em uma situação indigna: ou reconhece uma culpa inexistente para que assim consiga uma pena menor ou submete-se ao processo judicial correndo um maior risco deste resultado lhe ser mais duro. Neste cenário, reitera-se: pouco importa o delito/fato cometido, o que é relevante são as habilidades negociadoras de ambas as partes. O contexto fica ainda mais desigual e desfavorável ao réu quando ele percebe que, ao lado do acusador público, há um magistrado muito interessado no término abreviado do processo, para que a sua carga de trabalho seja menor (LOPES JR, 2002, p.121-123).

Pode-se pensar que também nos processos penais ordinários há a chance de se condenar inocentes. Ora, isso é verdade. Todavia, é fundamental ressaltar que em um processo judicial, com amplo respeito dos direitos e garantias fundamentais do réu, a possibilidade que um inocente seja condenado é drasticamente menor quando comparada com a que surge na utilização da justiça criminal negocial (VASCONCELLOS, 2015, p.168-169). A utilização dos acordos provoca uma "perversidade burocrática" que faz com que o juízo seja considerado um "luxo" àqueles que desejam assumir os seus riscos e despesas (FERRAJOLI, 2002, p.601).

O acusado deve escolher entre admitir uma pena ou recusar o acordo e ser julgado por um Tribunal que lhe condenará a uma pena ainda maior. Se o preso é culpado, é notório que isso o favorece, afinal, os promotores, para não enfrentarem o julgamento, oferecem penas brandas. Mas, se o preso for inocente, sofrerá uma condenação por algo que não fez (ZAFFARONI, 2013, p.385).

Ainda sobre a possibilidade da condenação de inocentes, percebe-se a colmatação de uma conjuntura absolutamente perversa: os benefícios concedidos pelo Ministério Público serão tão maiores quanto menor for o lastro probatório a que dispõem para romper a presunção de inocência do acusado e quanto mais provável for sua absolvição. Desta feita, as pressões serão maiores na medida em que for mais presumível a absolvição do imputado (ALBERGARIA, 2007, p.120). A partir disto pode se depurar, também, que os arguidos mais implicados com o fato delituoso terão mais informações sobre o fato, encontrando um Ministério Público disposto a conceder interessantes benefícios (ALBERGARIA, 2007, p.123).

Por isso, estas negociações tem o condão de prejudicar a situação dos inocentes que possuem boas chances de absolvição perante o magistrado e abrandar a situação dos que estão entrelaçados com a prática delitiva.

É preciso ter bem claro, como forma de se afastar possíveis ingenuidades, que a barganha no processo penal, com seu prêmio ao imputado, em verdade, não o beneficia, ele não tem melhorada sua posição. O que há, efetivamente, é uma transferência da responsabilidade da persecução penal, posto que o Estado visa contrabalançar a sua inaptidão na investigação com a coação do imputado para que este renuncie a direitos fundamentais. Ou seja, já que o Estado não conseguiria condenar o investigado, resolve negociar com ele, explorando todas as desigualdades que existem entre acusação estatal e a defesa do particular (VASCONCELLOS, 2015, p.168-169). O oferecimento de benefícios ao acusado em troca do reconhecimento de sua culpabilidade, em verdade, é menos uma benesse a quem aceita o acordo e mais uma punição intimidante aos que querem exercer seu direito à ampla defesa e ao processo judicial (VASCONCELLOS, 2015, p.192).

A quarta crítica elencada diz respeito à supervalorização da confissão e à ausência de publicidade das negociações e acordo. Este traço remete ao sistema inquisitório e a aniquilação do réu como sujeito de direitos. Esta hipervalorização da confissão incriminadora faz regressar ao cenário da tarifa probatória, em que as provas tinham um valor pré-estabelecido, sendo a confissão a “rainha das provas”, assim como na inquisição. A “estética da confissão” que perpassa pelos institutos premiais geram o reconhecimento da culpabilidade “como prova irrefutável para a condenação”. Neste contexto da barganha, o controle acerca da licitude das provas é impossibilitado, já que a proposta trazida pelo acusador escapa do exame jurisdicional quanto o seu conteúdo. Assim, possibilita-se o uso de até mesmo provas ilícitas para a formação da decisão (VASCONCELLOS, 2015, p.176-178).

Estimular a confissão significa, em outros termos, estimular a autoincriminação. Assim sendo, como sustentar que a prática da delação premiada não viola direitos fundamentais? Como sustentar que o processo penal inserido em um sistema acusatório pode realizar o estímulo a autoincriminação? O sistema de justiça negocial não se ajusta ao Estado Democrático de Direito (BRITO, 2016, p.83).

No contexto das zonas de "consenso", mais que a rainha das provas, a confissão é a única prova ou, ainda pior, configura-se como reles aceite a uma imputação seguida de pedido de aplicação de pena (CASARA,2015, p.191). Percebe-se, uma vez mais, que os contornos democráticos do sistema de justiça criminal são completamente desvirtuados para bem se encaixar na figura mitológica da construção do consenso na esfera penal.

O sistema negocial brasileiro, assim como o que decorre da presença da *plea guilty* evidenciam esta hipervalorização da confissão, porque o sistema, em sua estrutura, é moldado para ser coercitivo e isso se extrai de duas características primordiais: a maior severidade das penas aplicadas aos que optam por recusar o acordo e seguir no processo judicial quando em comparação com as sanções cominadas nos acordos; e a assimetria, materialmente considerada, entre acusação e defesa (ALBERGARIA, 2007, p.116).

No que concerne à publicidade dos acordos, tem-se que a sua restrição fomenta o aumento de "ajustes informais", o que remonta, indelevelmente, aos processos secretos e sem a presença do réu. Este mesmo cenário aponta, também, para o fortalecimento do período preliminar, de cariz inquisitório, visto que os elementos trazidos na definição do acordo (e que posteriormente acarretarão em uma pena sem processo) são retirados deste momento pré-processual em que não há respeito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, o lastro probatório produzido sob o comando do Ministério Público e que será utilizado na sanção do acusado que aceita o acordo, é todo gerado na fase de investigação, sendo ilegítimo para sustentar uma condenação criminal em um processo penal tido como democrático (VASCONCELLOS, 2015, p.179).

Os benefícios ofertados ao réu não são concedidos por um magistrado em uma sessão pública. Pelo contrário, são concedidos pela própria acusação dentro de um procedimento que tende a desenrolar-se no completo sigilo, disto resultando, ainda mais, a destruição do sistema de garantias processuais penais. Percebe-se, portanto, que o Ministério Público atua de forma a contradizer por completo a sua natureza de parte (FERRAJOLI, 2002, p.601-602).

A quinta crítica diz respeito ao desequilíbrio da atuação dos atores processuais. Na esfera do sistema de justiça negocial, percebe-se uma hipertrofia das funções do acusador que acabar por invadir o próprio papel do juiz.

Giza Vasconcellos (2015, p.181-182) que há uma notória violação entre a separação das tarefas de acusar e julgar, ínsita do sistema processual penal acusatório, posto que o juiz passa a não se submeter às leis, mas sim, às vontades das partes. Em verdade, neste contexto, a sanção atribuída ao réu é definida pelo acusador a partir de elementos que produziu na fase preliminar. O poder do acusador, no sistema de justiça negocial, extravasa do seu papel legítimo em um processo penal democrático.

No compreender de Casara (2015, p.191), com os procedimentos abreviados que buscam o "consenso", os membros do Ministério Público se eximem do seu dever profissional de provar os fatos presentes nas acusações penais que realizam. Assim, conseguem, com muito menos esforço, a concretização de uma pena sem prova e sem contraprova, já que à defesa não é possível reagir.

Permitir a invasão do acusador no campo do julgamento faz do processo penal uma "negociata" em sua mais nefasta acepção. As muitas negociações que acontecem sem publicidade nos despachos do *parquet* fazem prevalecer a "lei do mais forte" e, obviamente, o mais forte não será o réu. Assim, é inconcebível permitir que o Ministério Público domine uma área que deveria ser do Poder Judiciário que, inadequadamente, reduz sua atuação a uma artificial homologação dos acordos (LOPES JR, 2002, p.120). Também neste sentido está Albergaria (2007, p.109-110), a quem permitir ao acusador a determinação do crime pelo qual o réu será condenado atenta contra o poder acusatório, que postula a separação das tarefas de acusar e julgar.

A hialina desigualdade que há entre acusação e defesa em qualquer processo criminal, mostra sua forma mais agravada no cenário da barganha. A assunção das funções de acusador e julgador, por parte do membro do Ministério Público sepulta qualquer pretensão de igualdade e paridade de armas entre as partes. A situação é absurda por completo: o Estado, por ser inapto a produzir provas lícitas/idôneas que derrubem a presunção de inocência do réu, precisa que o acusador público constranja e coaja o acusado, de forma ilegítima, ofertando prêmios para que ele consinta em antecipar a sua pena (VASCONCELLOS, 2015, p.182-183).

Na mesma linha, Brito (2016, p.193) aponta que “os direitos e garantias fundamentais, nessa perspectiva, são tidos como obstáculos que devem ser ultrapassados para que se possa atender às demandas que exsurgem em um Estado comandado pela lógica neoliberal”.

Não há, portanto, um verdadeiro ajuste de vontades na justiça negocial, o que evidencia o caráter mitológico do consenso penal. Não há verdadeira composição, posto que o exercício de coerção e ameaças por parte do Estado fulminam o almejado equilíbrio e paridade de armas que deveria haver na relação processual, não havendo que se falar de manifestação livre de vontade do réu, parte débil desta relação.

Por fim, a quinta e a última crítica às bases da justiça criminal negocial se atrelam aos desaparecimentos do processo e da defesa. Como já referido, os mecanismos negociais tendem a fazer com que os acusados abandonem suas posturas de defesa à pretensão punitiva estatal, reduzindo, por óbvio, o exercício do direito de defesa e até mesmo a própria existência de um processo penal. Este cenário é tão perverso, que faz com que muitos advogados, bem intencionados, tenham medo de realizar uma combativa defesa dos seus clientes por receio de que, ao fim do processo, estes possuam penas maiores do que as propostas no acordo, graças “a sua postura não colaborativa”. Há um autêntico rearranjo na forma de se advogar, porque dentro do contexto da negociação, tem-se que o papel dos causídicos passa a ser de realizar cálculos e análises de custo e benefício para entender se “compensa” aceitar o acordo ou não, tendo este profissional que ponderar acerca da situação do cliente com base tão somente nas informações colhidas no momento inicial da persecução penal, notadamente inquisitória (VASCONCELLOS, 2015, p.185-187).

Tem-se, a partir do exposto, que o reconhecimento da culpabilidade do acusado por conta do seu aceite ao acordo, acarreta na supressão de direitos muito relevantes em uma democracia, como por exemplo o direito de defesa, o direito à prova, o direito à presunção de inocência e direito ao contraditório (VASCONCELLOS, 2015, p.189-190).

Sob a perspectiva do eficientismo, pautada na lógica do custo *versus* benefício, o objetivo é (ao menos discursivamente) promover a segurança pública através de um processo penal eficiente, graças a uma “facilitação” (melhor seria eliminação) da produção probatória. Contudo, convenientemente “esquece-se” que o custo é o desrespeito aos princípios penais característicos do sistema acusatório (BRITO, 2016, p.89).

O processo penal deve ser considerado como instrumento de tutela do mais débil que, na persecução penal, é o réu contra os poderes públicos ou privados desregulados. É necessário sempre (re)lembrar que o ente mais fraco, no processo penal, não é a vítima. Trazê-la a esta esfera do acordo apenas serviria para a ocorrência da revitimização. Quem deve tutelar esta vítima não é o processo penal, mas sim o Estado em sua esfera social, através de prestações estatais positivas. Percebe-se, portanto, que os direitos do réu no sistema de justiça negocial são completamente vilipendiados, o que se constitui, também, um motivo para o rechaço do fortalecimento das áreas de "consenso" (CARVALHO, 2002, p.150-151).

No modelo garantista que é emoldurado pela Constituição brasileira de 1988, não se aceita imposição de pena: sem que se pratique um crime; sem que este crime seja tipificado em lei, de forma prévia; sem que exista a necessidade de sua punição; sem que os efeitos do ato sejam lesivos a terceiros; sem o caráter material da ação delituosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isto seja verificado através de uma prova empírica levada pela acusação a um juiz imparcial, em um processo público, com respeito ao contraditório a à amplitude da defesa, mediante um procedimento legalmente preestabelecido. Tudo isto não é observado no modelo de justiça criminal negocial (LOPES JR, 2002, p.111).

Percebe-se, paradoxalmente, uma hiperinflação legislativa e uma quantidade cada vez menor de julgamentos. Assim, utilizando-se como exemplo a transação penal, percebe-se que, apesar de uma pretensa diminuição da incidência do poder punitivo, em verdade, há um ainda maior elastecimento do controle social, posto que o poder punitivo passa a tutelar casos que, anteriormente, não faria. Ou seja, este instituto trazido pela lei 9.099/95 foi aplicado na esfera de delitos que, antes, não eram processados pelo poder penal, não acarretando uma "racionalização" ou diminuição da movimentação processual das Varas penais, mas trazendo, sim, uma grande expansão do controle punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2015, p.197-199).

Na mesma linha está Sontag (2019, p.458), para quem o propósito central destas medidas propagandeadas como "despenalizadoras" é fazer o poder punitivo chegar em lugares que ele não alcançaria através da via custosa do processo penal tradicional.

Como já exposto no presente trabalho, tem-se que a prisão, como resposta punitiva, é ineficiente na tentativa de ressocializar o acusado. Ao contrário, apenas fortalece sua

estigmatização, o que faz com que, quando saia da cadeia, enfrente uma situação mais adversa do que aquela que tinha quando entrou. É neste contexto que, contra a expansão do poder punitivo ocasionada pelo robustecimento do sistema criminal negocial, defende-se, à luz dos preceitos constitucionais brasileiros, que o direito penal precisa ser mínimo, enquanto que o Estado social deve ser máximo. Por ser muito difícil mudar a realidade do país, os congressistas brasileiros fazem aquilo que é mais rápido, fácil e "faz sucesso" com o público: leis penais! (LOPES JR, 2002, p.104-105).

Ante todo o exposto, resta muito claro que este modelo não se adequa ao que exige um Estado Democrático de Direito, promovendo, dentre várias outras consequências, uma fulminação do direito a um julgamento em que todas as garantias fundamentais sejam respeitadas, degradando por completo a função que o processo penal deve guardar consigo no interior de um Estado Democrático de Direito, qual seja, servir como limite do exercício do poder punitivo estatal.

Com base no afirmado até aqui, conclui-se que os problemas que afligem a formulação de acordos desta espécie no processo penal não são casuais, mas sim, indissociáveis da própria lógica do modelo negocial. Nesta "batalha" travada entre acusador e réu, "não basta ser inocente": é necessário "ter as cartas certas na manga"; é imperioso saber negociar/jogar bem com o que se tem.

Aludindo ao *plea bargaining*, Albergaria (2007, p.143) afirma que ele triunfou, contudo, não se pode dizer o mesmo da justiça, da verdade e da administração do sistema de justiça criminal.

O modelo negocial, equivocadamente, pode ser compreendido como acusatório, uma vez que o juiz é detentor da gestão probatória. Contudo, o que se tem aqui é algo mais profundo: retira-se da prova a possibilidade de se solucionar com justiça o caso penal (CASARA, 2015, p.193).

De acordo com Stein (2020, p.48), o universo jurídico brasileiro deve agir com muita cautela neste investimento na justiça negocial criminal, posto que no Brasil não foi afirmado nem mesmo o sistema de garantias processuais penais plasmado na Constituição de 1988 e que demarca um sistema acusatório. Fulminar os direitos fundamentais do acusado com o objetivo de acelerar procedimentos e diminuir o trabalho do Poder judiciário traz um preço muito alto.

Nesta mesma toada estão Vasconcellos ao afirmar que “acordos entre acusação e defesa para imposição de sanção penal a partir do reconhecimento de culpabilidade em troca de benefícios não são opções adequadas e legítimas à justiça penal de um Estado Democrático de Direito” e Lopes Jr (2002, p.116-117) ao aduzir que, pautando-se numa equivocada compreensão do sistema acusatório, parte da doutrina brasileira defende o modelo negocial como uma expressão deste sistema, todavia, ele trata-se de uma completa degradação do processo ou até mesmo uma alternativa à ele. Assim, indica peremptoriamente: “o sistema negocial não faz parte do modelo acusatório”.

2.5 Delação premiada

Como afirmado anteriormente, são vários os institutos de processo penal que compõe o sistema de justiça criminal negocial. Contudo, dentre eles, por uma questão metodológica, optou-se por trabalhar nesta parte da tese apenas dois deles: a delação premiada e o acordo de não persecução penal. A justificativa reside no fato de que ambos são os únicos que exigem expressamente a confissão do acusado para que se concretizem, evidenciando, assim, talvez o mais frontal ataque à ideia de proteção dos direitos fundamentais e a faceta mais perversa da justiça criminal negocial. Utilizando a ordem cronológica de aparecimento no ordenamento jurídico brasileiro como critério, começar-se-á pela pelo instituto da delação premiada.

A delação premiada consiste em um acordo entre defesa e acusação, no qual a primeira assume uma postura de não opor resistência à pretensão punitiva, conformando-se com a acusação (facilitando o trabalho do membro do Ministério Público), confessando o fato a ele imputado e incriminando terceiros, em troca de prêmios que farão a sua sanção penal mais branda.

A confissão como pressuposto de possibilidade para a realização da delação premiada faz com que o longo caminho investigativo e probatório seja abreviado, permitindo assim que exista uma resposta rápida e eficiente que aplaque os clamores públicos. Ao custo do sacrifício de alguns dos seus direitos fundamentais, o réu revela “a verdade” e, em contrapartida, recebe benefícios legais (BRITO, 2016, p.27).

Para sedimentar as bases conceituais dos institutos processuais, se insistirá em traçar linhas distintivas entre alguns deles. Para isso, mister esclarecer duas diferenças entre o conceito de barganha e o de delação premiada. O primeiro grande traço distintivo está

plasmado nas consequências que o acordo irá trazer à terceiros. Enquanto que na barganha a sanção penal atinge tão somente o investigado, a principal função da delação é incriminar outras pessoas (terceiros), ainda que também, quase sempre, incrimine o próprio delator por conta de sua confissão. A segunda diferença fundamental consiste no fato de que na barganha, após o acordo firmado, as derradeiras fases da persecução penal são suprimidas, enquanto que na delação, após a colaboração do investigado, o processo ocorre de forma a exigir, por exemplo, a própria produção probatória e uma sentença ao final. Ante estas diferenças, Vasconcellos (2021, p.30) giza que "deve-se adotar todas as medidas possíveis para evitar que a colaboração premiada se torne barganha".

A origem da delação premiada no Brasil remonta há longínquos tempos. Em lei, está presente no país desde as Ordenações Filipinas, mais especificamente, na seção "*Do Crime de Lesa Magestade"*. Para outros delitos, a previsão estava no título CXVI, denominado "como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão". Gradualmente, a jurisprudência passou a acolher como prova também parte da confissão que incriminava terceiros, o que seria a gênese do tratamento conferido à delação premiada hodiernamente no país (CORDEIRO, 2020, p.16).

Para Santos (2017, p.71) o "berço normativo da colaboração premiada no Brasil, por si só, já antecipa a dificuldade de conformá-la às cláusulas constitucionais da individualização da pena, do devido processo legal substancial e da dignidade humana". Ainda sobre a falta de conformidade entre a constituição brasileira de 1988 e o instituto da delação premiada, Brito (2016, p.45) afirma que "não se pode admitir a negociação de direitos fundamentais em nome da eficiência do sistema repressivo, que, em sentido inverso, deveria encontrar seus limites exatamente nesses direitos e considerá-los como barreiras à atuação do poder punitivo".

A história brasileira possui um episódio extremamente famoso que contou com a realização de uma delação premiada: a inconfidência mineira de 1789[185]. Joaquim Silvério (o mais famoso delator) e outros "denunciadores", ao delatarem os inconfidentes mineiros[186], não contavam, à época, com uma espécie de "contrato" em que pudessem aventar, mesmo de forma aproximativa, as obrigações entre as partes. Não havia nada de contratual nas

[185] Como já exposto nesta mesma tese, a inconfidência mineira faz parte de movimentos que estariam criando "a consciência do ser brasileiro" e trariam preocupações políticas à metrópole.
[186] Este grupo contava com Joaquim José da Silva Xavier, também conhecido como "Tiradentes", personagem considerado um mártir para o povo brasileiro. O dia de sua morte é feriado nacional no Brasil.

benesses recebidas por Joaquim Silvério (não se pode dizer que a delação, nestes moldes, caracterizava-se como um instituto negocial). A delação se "materializando" em um instrumento à semelhança de um contrato é um fenômeno recente, construído nas últimas décadas no Brasil (SONTAG, 2019, p. 451-456).

Nos moldes mais atuais do instituto, muitos o comparam com o *plea bargaining* ianque. Por óbvio, principalmente pelo fato de o Brasil adotar o *civil law* ao contrário dos Estados Unidos da América, a introdução deste "transplante" deveria ter sido alvo de uma fortalecida cautela.

De acordo com Gozdawa de Sulocki (2020, p.85-87), a delação premiada é cópia da *plea bargaining* e das *cooperation agreements,* tendo sido lançada no "cenário jurídico-político e estético-midiático" do Brasil, mesmo que incabível em nosso sistema processual penal, consistindo em uma "alucinação" de uma realidade que não é a brasileira. Em linha contrária, estão Canotilho e Brandão (2016, p.22) ao afirmar que a delação premiada, apesar da notória inspiração no Direito ianque, é acolhida no sistema brasileiro, de *civil law* de forma a evidenciar suas grandes diferenças em relação ao que é feito nos Estados Unidos da América.

As negociações que permeiam a delação premiada não se encerram no "mero" reconhecimento de culpa, mas sim, contam com regras *draconianas* que exigem a incriminação de terceiros, algo que, "imitado" dos Estados Unidos, no Brasil é inconstitucional (GOZDAWA DE SULOCKI, 2020, p.87). Quando o sistema jurídico está sedimentado histórica e culturalmente em outras bases, estes "transplantes" de institutos jurídicos tendem a ser problemáticos ou até mesmo inviáveis (ZILLI, 2017, p.4).

O sucesso midiático da delação premiada, sobretudo em grandes operações policiais como a "Lava Jato" faz surgir, equivocadamente, a ideia de que o instituto é algo bastante novo no processo penal *tupiniquim*. Como já visto, ele guarda, em terras brasileiras, origem nas próprias Ordenações Filipinas. Contudo, tratando de uma delação que possua características mais próximas da que conhecemos hodiernamente, tem-se que a primeira lei ordinária que incorporou a delação premiada no país foi a Lei de crimes hediondos (lei 8.072/90).

Esta lei fez ressurgir a delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, incidindo especificamente no crime de "extorsão mediante sequestro", servindo a delação como uma mirorante que poderia acarretar numa diminuição da pena de 1/3 a 2/3,

conforme o artigo 8º da supracitada lei (CORDEIRO, 2020, p.17). Após, o artigo 8º desta lei passou a ter aplicação nos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, quando praticados por quadrilha, desde que a delação ocasionasse o desfazimento do bando, ocasião em que o delator teria direito a uma redução da pena (BRITO, 2016, p.92).

Prosseguindo pelo percurso da expansão legislativa da delação premiada no país, tem-se que a lei 9.080/95 ampliou a possibilidade de aplicação da delação aos crimes contra o sistema financeiro nacional. Aproximadamente três anos depois, foi promulgada a lei 9.613/98, cuja principal novidade foi a ampliação do rol de prêmios que poderiam ser oferecidos ao delator (BRITO, 2016, p.93-94).

A lei de proteção das vítimas e testemunhas (lei 9.807/99), com foco na vertente material do instituto, generalizou a sua aplicabilidade, de modo que a delação pôde ser aplicável a qualquer espécie de delito, independentemente de sua gravidade ou tipo (VASCONCELLOS, 2021, p.87-88).

No mesmo sentido estão Cordeiro (2020, p.22) ao afirmar que esta lei abre a delação para o crime em geral, afastando a sua vinculação a específicas espécies delitivas. Esta norma traz diversos pontos que são mais benéficos ao delator do que as leis anteriores, podendo, assim, ser aplicada retroativamente; e Brito (2016, p.61) ao aduzir que “nos termos dos artigos 13 e 14 da lei 9807/99, a delação premiada passou a ter aplicação em qualquer crime”.

A lei 9.807/99 previu como prêmio, para além da redução de pena, o próprio perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade. Na lição acerca das inovações trazidas na lei, Brito (2016, p.96-97) afirma que “o primado do eficientismo da persecução penal chegou ao seu ápice, a despeito das graves violações de direitos fundamentais que dele pudessem resultar”.

A lei 9.807/99 é de extrema relevância para o estudo da matéria. Sabe-se que ela não foi a primeira lei que introduziu a delação premiada no ordenamento jurídico pátrio e também não foi a lei que introduziu, no seu aspecto mais geral, a justiça criminal negocial, tendo sido a lei 9.099/95. Contudo, como visto, a lei de proteção das vítimas e testemunhas possibilitou, claramente, a utilização da delação premiada para qualquer crime disposto no código penal e nas leis extravagantes brasileiras. O sistema criminal brasileiro transformou-

se, sem qualquer amarra legal, em um grande mercado em que pode se negociar direitos fundamentais.

Sabendo-se que uma tese de doutoramento precisa contar com o quesito da originalidade e considerando-a, a partir da lição de Milton Santos (2001, p.12), como "a interpretação ou a ênfase própria, a forma individual de combinar o que existe e o que é vislumbrado: a própria definição do que constitui uma ideia", tem-se que o contributo da originalidade reflete a autonomia do pensamento.

Assim sendo, tem-se que o contributo original da presente tese é indicar que a promulgação da lei 9.807/99 se configura como o marco da chegada inarredável do Estado Pós-Democrático no Brasil, enquanto expressão da ausência de limites em relação ao exercício do poder e do total desinteresse, por parte do Estado, na proteção das garantias fundamentais do cidadão. Estes direitos fundamentais sucumbem à racionalidade neoliberal, que encontra seu ápice no Direito brasileiro com a entrada em vigor da supracitada lei, pois o Direito é colonizado (e transformado) em um grande mercado onde estas garantias (tão caras a uma sociedade democrática) podem ser transacionadas como se quaisquer mercadorias fossem, abrindo um perigoso caminho para o autoritarismo e arbitrariedade, bem como transformando o Direito em um instrumento econômico submetido a uma racionalidade diversa da (que deveria ser a) sua, já que fundado no pragmatismo da lógica dos custos e benefícios.

Somente com a lei 12.850/13 (lei das organizações criminosas) foi realizado o estabelecimento dos procedimentos a serem respeitados na realização da delação premiada, o que mostrou ser um enorme avanço e um sinal da cada vez maior presença das zonas de "consenso" no país. De acordo com Canotilho e Brandão (2016, p.29) crimes que não sejam de organização criminosa não poderiam utilizar-se de recursos a obtenção de prova, como por exemplo, a delação premiada, uma vez que, assim não sendo, a sua utilização tenderia a "banalizar-se e ser usados para a repressão de crimes ou contextos criminais cuja gravidade de modo algum justificaria intromissões tão severas na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos". Portanto, os autores portugueses defendem a ideia de que a utilização da delação só se justificaria em casos de mais significativa complexidade.

Com a promulgação da lei 12.964/19 (a lei anticrime), Santos (2020, p.561) afirma que houve, por parte do legislador, muito mais a positivação de postulados doutrinários e jurisprudenciais, do que propriamente inovações significativas.

A partir do exame da expansão e aumento gradativo de tamanho da delação premiada na legislação brasileira, percebe-se que o tratamento que o instituto recebeu do legislador deixa transparecer, de forma clara, o seu compromisso com o ideal de eficiência e o seu descompromisso com o respeito aos princípios constitucionais que guiam o sistema jurídico brasileiro (BRITO, 2016, p.156-157).

O ato de delatar pode ser considerado como antiético, posto que a atuação do delator é de um altíssimo nível de repugnância, uma vez que além de atentar contra a sociedade por conta do crime praticado, ele vai contra os seus próprios comparsas. Assim, comete uma dupla traição: trai o pacto social, enquanto cidadão e trai os corréus, violando o pacto que haviam firmado. E é justamente esta pessoa que recebe uma menor punição por parte do Estado (SANTOS, 2017, p.72).

Na mesma toada está Brito (2016, p.27) para quem a delação premiada estimula a perfídia e deslealdade, constituindo-se em um ato imoral; e Canotilho e Brandão (2016, p.37), a quem o atentado à dignidade pessoal não se esgota na exigência da confissão e nos enganos a que o Estado faz incorrer os investigados, mas também perpassa pela "instrumentalização de que são alvos para um fim que lhes é estranho, a perseguição criminal de terceiros".

Este instituto é considerado um meio de obtenção de prova por expressa previsão legal (art. 3º-A da lei 13.964/19). Desta feita, não possui o condão de agir diretamente sobre o convencimento do magistrado, mas sim, são instrumentos para a "colheita de elementos probatórios", estes sim com a possibilidade de, prontamente, influenciar o juiz. Ou seja, é um instrumento que guia a produção probatória em juízo, sendo necessário afirmar que o delator não deve ser considerado testemunha, já que possui notório interesse no caso. Para Canotilho e Brandão (2016, p.23) "afigura-se altamente problemática a compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos princípios constitucionais, penais e processuais penais, mas não só, que dele se projetam ou gravitam na sua órbita.".

Assim sendo, Vasconcellos (2021, p.76-77) ensina que esta determinação legal é fundamental para que a delação premiada não seja valorada no convencimento do magistrado, posto que, não sendo elemento probatório, não pode ser utilizado em uma eventual condenação. Assim, tudo o que for considerado prova e, por isso, possa ser

utilizado pelo juízo quando da prolatação da decisão, deve ser produzido na fase processual do processo, sendo respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Da mesma forma que se almejou realizar um panorama geral acerca da participação e interesses de cada ator processual quando do cenário da justiça criminal negocial, aqui se tentará fazer o mesmo pautando-se na delação premiada.

A primeira figura a ser tratada será a do delator e da sua defesa técnica. Sendo mecanismo probatório, não há, para Vinicius Vasconcellos (2021, p.102-103) que se dizer que o acordo é um direito subjetivo do investigado, pois uma vez imerso na esfera da gestão probatória, está à mercê das estratégias tanto de defesa quanto de acusação. Em relevante decisão do ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos autos do Mandado de Segurança nº 35693 AgR/DF de relatoria do Min. Edson Fachin, decidiu que, tendo em vista a necessidade de afastamento do juiz em relação à negociação, não existe direito líquido e certo a compelir o Ministério Público à celebração de acordo de delação premiada.

Contudo, se houver o acordo e efetiva colaboração processual, há direito subjetivo ao benefício prometido pelo acusador. Compartilhando do mesmo modo de pensar está Zilli (2017, p.3), para quem há direito subjetivo ao prêmio pactuado àquele que cumpriu todas as obrigações assumidas no âmbito do acordo da delação premiada.

Se a defesa técnica adotar postura contrária à realização de acordo desejado pelo réu, os advogados devem ser substituídos, uma vez que a concordância da defesa técnica é inafastável para a realização do ato. Nenhuma tratativa que tenha relação com a delação premiada pode ser realizada na ausência da defesa do imputado (VASCONCELLOS, 2021, p.105-106).

Passa-se, agora, do delator e sua defesa para a figura do proponente do acordo. Admite-se que tanto o Ministério Público quanto o delegado de polícia podem realizar acordos de delação premiada, sendo o último apenas autorizado a efetuá-los em sede de investigação preliminar.

Para Vasconcellos (2021, p.115), a partir de uma interpretação sistemática dos fundamentos do instituto, a delação premiada não poderia ser aplicada em crimes que contassem com uma menor complexidade e que não exigissem uma forma diferenciada de apuração. Todavia, o mesmo autor afirma que, em teoria, o instituto negocial pode ser usado em qualquer espécie delitiva, independentemente de sua gravidade ou complexidade (VASCONCELLOS, 2021, p.143-144). Lícito ressaltar que a lei 9.807/99, de forma clara, não

efetuou diferenciações pautadas na complexidade do delito, permitindo a utilização da delação premiada a qualquer crime.

Na intelecção de Brito (2016, p.58) acreditar que o réu admite sua culpa nos exatos termos da denúncia porque, de fato, é culpado rigorosamente pelo que foi descrito pelo acusador, é ignorar por completo a lógica eficientista que permeia este instituto negocial, principalmente porque abrevia o trabalho probatório que o acusador teria.

No que concerne à atuação do juiz, reputa-se dois momentos de fundamental importância em sua atuação: a homologação e o sentenciamento. Para Vasconcellos (2021, p.122-126) "a homologação realizada pelo juiz de garantias deve vincular o julgador de mérito, de modo que, se cumpridos os termos do acordo, eficaz a colaboração realizada". Para Canotilho e Brandão (2016, p.26), além da declaração da validade legal, o juiz assume um compromisso em nome do Estado, já que efetivando-se a colaboração ajustada, o delator deve receber os benefícios que lhe foram prometidos.

A homologação confere previsibilidade e segurança à avença, mas os prêmios só serão dados com a efetiva colaboração do investigado. A função da decisão homologatória é, essencialmente, o controle dos aspectos formais do ajuste firmado, além do exame de elementos como voluntariedade e legalidade das cláusulas propostas, por exemplo (VASCONCELLOS, 2021, p.258). Este ato homologatório funciona com "um rito de passagem", servindo como filtro de legalidade. A partir deste ato, o que antes era promessa torna-se obrigatoriedade entre as partes (ZILLI, 2017, p.3).

O magistrado não pode assumir a função negociadora. Em um sistema pretensamente acusatório, ao juiz cabe definir a culpa e determinar a pena, nela fazendo incidir os parâmetros de redução ajustados com o delator. Na homologação, cumpre avaliar a voluntariedade e legalidade dos termos acordados para, posteriormente, na sentença, examinar a proporcionalidade do cumprimento das promessas (CORDEIRO, 2020, p.113).

Se o Ministério Público e o investigado têm liberdade durante as tratativas do acordo, ao poder judiciário é proibido imiscuir-se em questões de oportunidade ou proporcionalidade, salvo quando vislumbrar, por exemplo, vício de vontade ou inadequação dos preceitos legais do acordo. O juiz não deve intervir na vontade das partes acerca dos benefícios propostos. Caso estes prêmios sejam ilegais, ao magistrado cumpre recusar o acordo, intimando as partes para realizarem emendas e submeterem nova proposta (VASCONCELLOS, 2021, p.265-266).

Como a delação premiada não prescinde de uma sentença judicial, há de se afirmar que caso não haja lastro probatório que corrobore com a versão apresentada pelo delator, imperiosa a sua absolvição.

Desvelando o próprio cariz perverso deste instituto, giza Brito (2016, p.73-74) que "ainda que se sustente que as declarações do delator precisam ser corroboradas por outras provas, ao fim e ao cabo, o que se busca na sequência é a confirmação de tais declarações, instaurando-se um processo penal claramente tendencioso".

Quanto aos delatados ou incriminados, tem-se que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro (ainda que haja pontuais decisões sem sentido oposto), no *habeas corpus* nº 127.483/PR, julgado em 2015, estes coimputados não podem impugnar o acordo de delação premiada. Este mesmo julgamento, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, declarou constitucional a delação premiada.

Resta claro que os direitos fundamentais dos terceiros incriminados também restam violados, sobretudo porque a versão expressada pelo delator impõe ao juiz (até mesmo inconscientemente) a necessidade de confirmar que a escolha pela negociação com o investigado foi correta, o que resulta no sepultamento da isenção que o magistrado deve ter quando do julgamento dos fatos atribuídos aos delatados, fadados a um pré-julgamento (BRITO, 2016, p.60). Para a mesma autora, a delação premiada, para o delatado, consiste em um meio de prova, pois serve de ferramenta para levar ao processo informações sobre (eventual) conduta delituosa do delatado (BRITO, 2016, p.71).

Percebe-se, a partir da análise pragmática da utilização do instituto, que não há vontade política para a declaração de sua inconstitucionalidade porque é uma eficiente "ferramenta probatória" e, além disso, facilita por demais a prestação jurisdicional a ser realizada pelo magistrado. Como já dito, até mesmo os advogados de defesa dela se beneficiam (SANTOS, 2017, p.79).

O recurso à delação premiada, tanto na esfera legislativa quanto na esfera judicial (com notória ausência de um debate social amplo sobre o tema), ganha maior protagonismo quando se mostra a atender a grande exigência do mundo neoliberal: a eficiência da repressão (BRITO, 2016, p.38).

Comumente, os delatados apenas descobrem a delação quando há o início formal do processo, principalmente quando se dá início à oitiva do delator, momento em que poderão confrontá-lo (VASCONCELLOS, 2021, p.127). Assim, ante a impossibilidade de os

incriminados impugnarem o acordo, tem-se que ele, uma vez firmado, torna-se inquestionável, posto que, caso contentes com os benefícios conseguidos, as partes envolvidas na avença pouco cuidarão da regularidade dos seus aspectos formais. Portanto, para a própria proteção da legalidade dos atos do Estado, seria importante que houvesse a possibilidade de impugnação da delação premiada por conta dos corréus ou, até mesmo, que fossem intimados para se manifestarem antes mesmo da homologação da avença (VASCONCELLOS, 2021, p.131-133).

Por acarretarem em inequívocas violações a direitos fundamentais, Vasconcellos (2021, p.152-153) aduz que os institutos negociais, se não vedados, devem ser utilizados de forma excepcional, devendo o órgão acusador justificar a indispensabilidade de sua utilização na persecução penal e a impossibilidade de se utilizar outros meios.

A confissão do delator é exigida. Contudo, essa "mera" admissão da culpa não basta. Para além da confissão, o investigado deve delatar comparsas. Deve haver, portanto, necessária incriminação a terceiros, sendo esse o seu grande objetivo.

Diferenciando-se da barganha, a delação premiada necessita que o processo judicial ocorra e termine com uma sentença. Neste ponto, é necessário redobrar a atenção para que esta fase judicial não seja uma grande farsa e, em seu âmago, apenas reproduza o que foi produzido na esfera pré-processual, local em que o contraditório e a ampla defesa não são prestigiados.

É neste sentido que Vasconcellos (2021, p.275) afirma que a produção da prova incriminatória por meio das declarações do delator deve ocorrer na fase judicial do processo, com respeito ao contraditório e a presença dos corréus para que tenham a oportunidade de exercerem o exame cruzado em uma audiência pública e oral. O surgimento das declarações do delator, em meio ao processo, não pode se dar através de uma mera ratificação do depoimento prestado ainda na fase investigativa ou pela simples juntada da documentação de tais alegações, salvo os casos de irrepetibilidade, devidamente comprovadas.

De acordo com o mesmo autor, declarações tomadas do delator em um momento preliminar, sigiloso e sem respeito ao contraditório dos outros incriminados, não pode ser valorado na sentença (VASCONCELLOS, 2021, p.314).

Muito embora os benefícios a serem dados ao delator estejam, em sua maioria, previstos na lei 12.850/13, na prática, seu conteúdo normativo é esvaziado, já que este

elenco de benesses não é respeitado. Para reafirmar o que já estava disposto, a lei 13.964/19 trouxe uma maior limitação das cláusulas a serem colocadas nos acordos, sobretudo no que tange aos benefícios que podem ser propostos.

Aponta Silva Jardim (2016, p.3-6) ao sustentar que pelo fato de as normas de processo penal serem cogentes, o Ministério Público não pode oferecer ao delator prêmio não previsto em lei específica, com esta limitação não se referindo apenas ao "tipo" da benesse, mas também à sua extensão. A manifestação de vontade de ambas as partes não pode estar acima do sistema processual brasileiro, posto que se isso ocorresse, as regras processuais penais do país dependeriam, tão somente, da vontade de um promotor de justiça e um delinquente, chegando-se a um nível de privatização do Direito Público que levaria ao caos do sistema judicial penal.

Embora as partes possam negociar livremente, esta negociação deve ocorrer nos limites da legalidade e da disponibilidade patrimonial. Não pode o representante do Estado dispor de algo que não está autorizado. Não só os prêmios, mas também as obrigações do delator possuem limitação legal. O propósito deste instituto negocial está expressamente previsto na legislação brasileira. Ainda que extremamente sedutora, não pode prosperar a ideia de se negociar "favores ao colaborador" que estejam à margem da lei. Permitir o livre fluir da criatividade das partes, por certo, acarretaria na formalização de avenças desarrazoadas e desproporcionais (CORDEIRO, p.100-103).

O rol de prêmios a serem dados ao investigado não admite uma interpretação expansiva. O abrandamento dos parâmetros punitivos não deve ser realizado a partir da livre eleição do Ministério Público, mas sim, do legislador que possui o mandato popular, sendo o agente legitimado a definir quais concessões acerca do poder punitivo o Estado está disposto a realizar. Portanto, não cabe à defesa e a acusação ampliar os prêmios para além dos expostos na lei (ZILLI, 2017, p.3). Ao se evitar que sejam cominados prêmios ao delator fora do rol legal, evita-se que o juiz substitua o legislador em uma intolerável violação da separação dos poderes (CANOTILHO; CANOTILHO, 2016, p.24).

Não seria difícil pensar que essa liberdade na oferta de benefícios ao delator poderia lhe ser muito benéfica, mas pensar assim importaria em esquecer que, mesmo que a justiça criminal negocial aparente trazer uma melhor situação ao investigado, em verdade o discurso é falacioso, posto que concretiza um discurso escamoteado e incorre, inevitavelmente, no esvaziamento das garantias e direitos fundamentais do réu, fulminando

com a possibilidade de existência de um processo judicial com respeito ao contraditório e à ampla defesa (VASCONCELLOS, 2021, p.193-194).

As “verdades” extraídas do réu deverão conduzir a produção de outras provas (além da confissão). Todavia, estas provas que serão encontradas sustentarão a condenação do próprio delator. Assim, percebe-se que suas declarações lhe são duplamente prejudiciais: primeiramente porque com a confissão, ele assume a culpabilidade acerca do ato que lhe foi imputado; em segundo, porque permite a obtenção de provas a seu próprio desfavor. Estas provas consideradas “auxiliares” legitimarão o decreto condenatório do delator (para além de legitimar o decreto condenatório de terceiros), cumprindo-se a exigência trazida no §16 do art. 4º da lei 12.850/13 (BRITO, 2016, p.80).

Não se pode admitir a negociação de penas que, mesmo que se sejam concretamente favorável ao delator, representam flagrante violação ao princípio da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica. Não se pode impor penas “melhoradas” ou “inventadas” mesmo sob a justificativa de melhorar a situação do imputado. A criação de penas leva, indelevelmente, a uma conjuntura de negociações sem limites, não havendo limitações à criatividade das partes, mas também não havendo limitação ao dano social trazido (CORDEIRO, 2020, p.105-106).

A falta de limites e abertura de “brechas” para a entrada de arbitrariedades e abusos (como ameaças e coações desenvolvidas pelo acusador contra o imputado) deve ser rechaçada. Foi no sentido de restringir o que pode (ou não) ser acordado que a lei 13.964/19, em seu art. 4º, §7º-B, considera nula qualquer disposição que verse sobre a renúncia de impugnação da decisão homologatória.

A delação premiada pode ocorrer nas mais diversas fases do processo, ou seja, da investigação preliminar até após o trânsito em julgado. Ainda que exista essa quantidade de possibilidades, tem-se que o “procedimento padrão” é que o ajuste surja na fase de investigações, logo, na fase pré-processual. A iniciativa do primeiro contato pode ser tanto da defesa quanto da acusação, estando o magistrado afastado deste momento inicial (VASCONCELLOS, 2021, p.237-239). As tratativas das negociações, por si só, não acarretam a paralisação das investigações e eventuais pedidos/decretações de medidas cautelares VASCONCELLOS, 2021, p.249).

Sobre o momento da ocorrência da delação ao longo da persecução penal, Nefi Codeiro (2020, p.24) defende que seu momento deve ser compreendido como regra de

utilidade. Desta forma, sendo útil a colaboração do delator para, por exemplo, localizar o paradeiro da vítima ou o local do produto do crime, pouco importa o momento processual em que a delação ocorra.

As falas do investigado, por si só consideradas, não são aptas a justificar medidas invasivas no processo penal, como por exemplo, a decretação de uma prisão preventiva. Seus depoimentos podem, tão somente, ensejar investigações paralelas, como se a delação fosse uma *notitia criminis* (VASCONCELLOS, 2021, p.326).

No que se refere à definição sobre o cumprimento (ou não) das estipulações realizadas na avença, tem-se aí um território espinhoso. Para Vasconcellos (2021, p.295) apenas em casos de manifesto descumprimento é que ao delator deverá ser dado nenhum benefício. O não cumprimento parcial do acordo deve acarretar uma diminuição dos benefícios ajustados, ou seja, a concessão dos prêmios não deve obedecer a uma lógica e "tudo ou nada" (VASCONCELLOS, 2021, p.360-363).

Há, contudo, uma indagação que é relevante à título de reflexão e que se impõe sobre este instituto processual. Afinal, a delação e a confissão são versões e há tantos interesses em jogo (delator, acusador, terceiros incriminados, defensores, magistrados), que se desconfia se deve-se confiar nas informações que se extrai da delação ou apenas há de se considerá-las como se ficção fossem? (GOZDAWA DE SULOCKI, 2020, p.89-90). Aqui, parece que se retoma a ideia do afastamento da fatualidade em relação às versões obtidas em juízo, fazendo com que, em concreto, as sanções penais estejam absolutamente desatreladas do que ocorreu no mundo-da-vida.

2.6 Acordo de não persecução penal

Se comparado com a delação premiada, o acordo de não persecução penal (ANPP) é um instituto extremamente jovem, uma vez que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em dezembro de 2019, com a promulgação da lei 19.964/19. Por suas características fundamentais, como se verá, está contido no conceito de "barganha". Contudo, cumpre-se ressaltar que a transação penal e a suspensão condicional do processo (outros institutos da barganha) não exigiam a confissão do acusado, como faz o acordo de não persecução penal. Trazendo uma definição muito concisa, Martinelli (2020, p.304) define o acordo de não persecução penal como "um negócio jurídico realizado entre o titular da ação penal e o investigado para que aquele não provoque a atividade jurisdicional

quando estiver presente a justa causa". Aqui, considera-se justa causa como o lastro probatório mínimo que uma ação penal deve conter.

Desde já, mister se faz salientar a lição de Franco (2020, p.435), para quem a natureza jurídica das sanções previstas no acordo de não persecução penal é de pena, ainda que outros nomes se destinem a ela.

Em comparação com a delação premiada, cuja grande amplitude nas possibilidades de celebração já foi tratada, o acordo de não persecução penal tem uma abrangência mais restrita, o que não significa que seja pequena. De acordo com Mendes e Lucchesi (2020, p.56-58) apenas quarenta e cinco delitos do Código Penal (que estão previstos entre os artigos 121 e 359-H deste código) não admitirão o acordo de não persecução penal. Quando se realiza uma análise dos crimes tipificados em leis extravagantes, percebe-se que a ANPP é cabível, por exemplo, em todos os crimes dispostos no Estatuto do desarmamento (com exceção do delito de comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo); todos os delitos tipificados no Código de trânsito brasileiro (com exceção do homicídio culposo qualificado) e no delito de organização criminosa (artigo 2º da lei 12.850/13).

A chegada deste instituto reforça a ideia, amplamente trazida no presente texto, que toda a estrutura principiológica penal atinente a um Estado democrático de Direito, com sua proteção aos Direitos fundamentais do réu, resta violada com o fortalecimento da justiça criminal negocial que é "propagandeada" para a população como eficiente mecanismo de diminuição das impunidades. De acordo com Franco (2020, p.445) "o ANPP, de duvidosa constitucionalidade, tende a ser aceito por nossa cultura jurídica, na esteira de outras práticas de política criminal adotadas para 'desafogar' a justiça brasileira".

A utilização cada vez maior dos institutos negociais no Direito brasileiro provocará até mesmo uma necessária mudança na formação acadêmica dos advogados brasileiros, afinal, os causídicos não aprendem a negociar nas faculdades de Direito. Temas como blefes, análise de riscos e manipulação de informações passaram a ser indispensáveis no estudo e atuação dos advogados criminais na atualidade (MENDES; LUCCHESI, 2020, p.58). No mesmo sentido estão Lovatto e Lovatto (2020, p.69) ao apontarem que há a necessidade de ensino de técnicas de negociação no âmbito criminal aos profissionais que irão operar o acordo de não persecução penal, para que tenham uma adequada percepção avaliativa da situação concreta e possam verificar as vantagens ou desvantagens em se obstar a acusação formal.

O acordo de não persecução penal possui os seguintes requisitos: a confissão formal e circunstanciada por parte do acusado; que o crime imputado tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça; que o delito imputado tenha pena em abstrato inferior a quatro anos, sendo consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis[187]; que o acordo seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito; não ser o acusado reincidente e não haver elementos probatórios que indiquem ser a conduta delitiva habitual, reiterada ou profissional (salvo se insignificantes as condutas anteriores); o crime não deve ser praticado contra a mulher por razões de condição do sexo feminino, nem no âmbito de violência doméstica ou familiar.

A partir da exposição dos requisitos básicos para que o acordo possa ser realizado, percebe-se, desde já, que alguns tem sua razão de ser extremamente questionada, enquanto que os requisitos atinentes à quantidade de pena, exigência de ausência de violência ou grave ameaça, impossibilidade do acordo se aventado sobre crimes contra a mulher por razões do sexo feminino ou no âmbito de violência doméstica ou familiar não ensejam maiores dúvidas, pois "explicam-se por si sós".

Todavia, os requisitos atrelados à necessidade da confissão; a ausência do cometimento de condutas "habituais, reiteradas ou profissionais"; e necessidade e suficiência para "prevenir e reprovar" a conduta criminosa geram bastante reflexão crítica e é sobre estes requisitos, especificamente, que tratarão as linhas seguintes.

O primeiro a ser tratado será a necessidade de o agente confessar, formal e circunstancialmente, a prática do delito para que possa realizar o acordo de não persecução penal. Este é o requisito que parece atrair a maior quantidade de críticas.

Não existe necessidade alguma da admissão do fato, por parte do investigado, para a realização do acordo. Ao que parece, o único propósito da lei é que, em caso de descumprimento do acordo, esta confissão seja utilizada posteriormente contra o agente, em flagrante violação aos princípios da ampla defesa, paridade de armas e devido processo legal. As provas devem ser produzidas sob o manto do contraditório, o que não ocorre nesta confissão "anômala". Logo, de prova não se trata (FRANCO, 2020, p.437). Desta forma,

[187] Para Rômulo Andrade (2020, p.207) "se a causa de aumento de pena é variável (de 1/3 a 2/3 por exemplo), deve-se levar em consideração o 'aumento mínimo', pois é a pena mínima o pressuposto para o acordo. Ao contrário, existindo causa de diminuição de pena variável, aplicar-se-á o maior percentual, ou seja, 'a diminuição máxima'. Em relação às agravantes e às atenuantes, não devem ser levadas em consideração".

enquanto a confissão não for confirmada nas processual/judicial da persecução penal, ela não poderá fundamentar uma decisão penal condenatória.

A lei exige que a confissão seja realizada formal e circunstancialmente: isto significa que a declaração do acusado deve ser a mais pormenorizada possível, fulminando as chances de haver dúvidas, devendo ser realizada isenta de coações de qualquer natureza. É relevante ressaltar que se o agente confessar a autoria do ato, mas também confessar outro fato que o favoreça (como por exemplo a existência de uma excludente de ilicitude), não há obstáculos à realização do acordo (MOREIRA, 2020, p.208).

Esta confissão deve ser considerada apenas como um indício que, embora reverbere no direito administrativo com a presunção de veracidade e legalidade do ato declarado, no campo do processo penal perde seu substrato material, uma vez que deve respeitar os princípios constitucionais e processuais penais. É preciso realizar uma separação: a confissão é um ato, o acordo é outro. O código de processo penal brasileiro não exigiu que a confissão fosse, formalmente, uma parte deste acordo, o que reforça a ideia de que esta autoincriminação não pode ser utilizada em uma eventual pretensão acusatória contra o investigado. Trata-se, portanto, de uma previsão de confissão sem qualquer fundamento, movida pelo desejo de se achar, a qualquer custo, um culpado criminal (LOVATTO; LOVATTO, 2020, p.75-80).

Se há justa causa para a propositura da ação penal, qual seria a função da confissão extraída na investigação? Parece ser mais um “castigo” para o acusado do que um requisito válido do ponto de vista político-criminal. A confissão é desnecessária se a justa causa está presente. O grande perigo está no fato de que a efetividade do acordo depende da homologação do juiz e, caso ele não o faça, o Ministério Público oferecerá a denúncia. Ou seja, o investigado pode confessar na esperança do acordo e, ao final, ter uma ação penal contra si, tendo apresentado, inclusive, uma autoincriminação. Ainda que ocorra a substituição do magistrado ou o desentranhamento dos termos da confissão, a notícia de sua existência sempre induzirá, de alguma forma, o julgador a reconhecer a culpa do réu. Desta feita, a situação toda parece ser simples: se não há plausibilidade na acusação (justa causa), não há acordo; se há justa causa, há acordo e se faz completamente desnecessária a confissão (MARTINELLI, 2020, p.311-314).

Não há outra forma de se vislumbrar o acordo de não persecução penal senão sem o inconstitucional requisito da confissão do investigado, por se tratar de condição sem

validade jurídica, primeiramente por depender da repetição do ato na esfera judicial perante um magistrado, em segundo porque não é elencada como prova urgente. Tem-se que esta confissão serve apenas para "aguçar o deleite psicológico do órgão acusador" diante da possibilidade de acordo. Trata-se de uma previsão teratológica que ofende garantias individuais e não pode ser aceita em um sistema processual penal que se pretenda acusatório (LOVATTO; LOVATTO, 2020, p.81).

Quanto ao requisito da "necessidade e suficiência do acordo para fins de reprovação e prevenção", tem-se que ele é inadequadamente genérico, abrindo possibilidade de que vários abusos possam ser cometidos. Vale destacar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, após décadas, ainda não conseguiram atingir uma uniformidade na interpretação de terminologias semelhantes que estão contidas no artigo 59 do Código Penal. Em nome do princípio da segurança jurídica, necessário que os requisitos devam se ater a critérios objetivos para que o acordo esteja ou não permitido (FRANCO, 2020, p.438).

De acordo com Rômulo Moreira (2020, p.210) é extremamente delicado precisar o que seria um "acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime", sobretudo porque invade à temática das funções atribuídas às penas, motivo pelo qual se revela este requisito impróprio, principalmente em uma fase da persecução penal em que sequer houve uma acusação formal.

O artigo 28-A do código de processo penal dispõe que esta reprovação ou prevenção do crime deve ocorrer mediante certas condições ajustadas cumulativa ou alternativamente, quais sejam: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

No que concerne ao disposto no parágrafo anterior, a que se reputa mais passível de críticas é esta abertura ao Ministério Público formular condição desde que "proporcional ou

compatível com a infração imputada", posto que, conforme lição de Mendes e Lucchesi (2020, p.65), abre margem para a possibilidade da fixação arbitrária de condições. Assim, ainda mais relevante o papel do magistrado em controlar a eventual ocorrência/formulação de condições abusivas.

O requisito que não permite o ANPP quando houver elementos probatórios que indiquem reincidência ou conduta habitual, reiterada ou profissional (com exceção das insignificantes infrações anteriores), também carrega consigo a chaga de contar com expressões semanticamente vagas, o que afronta a segurança jurídica. Quanto à reincidência, necessário que o juiz só impossibilite a realização do acordo quando houver decisão condenatória transitada em julgado, em obediência aos ditames constitucionais. Em relação aos conceitos de criminoso habitual e profissional, tem-se que eles surgem a partir dos estudos de Enrico Ferri e se atrelam à elementos da teoria *lombrosiana* do século XIX. O legislador brasileiro não trouxe a conceituação destes termos na lei, "abrindo as portas" para a concretização de um nefasto "direito penal do autor" (FRANCO, 2020, 438-440).

No mesmo sentido, afirma Moreira (2020, p.212) "falar-se em 'conduta criminal habitual, reiterada ou profissional' é valer-se de termos cujos conceitos não estão definidos pela lei brasileira, violando-se o princípio da legalidade". Mendes e Lucchesi (2020, p.61) realizam a seguinte reflexão "afinal, quem seria o criminoso habitual ou profissional? Não sabemos, pois nossa legislação não os define".

Trazendo novamente uma crítica que se verifica direcionada tanto para o sistema de justiça criminal negocial de forma ampla, quanto aos seus institutos singularmente considerados, tem-se, na lição de Franco (2020, p.441) que ainda que a lei chame o instituto de "acordo de não persecução penal", de acordo não se trata, assemelhando-se mais a um "contrato de adesão", uma vez que acusador e investigado não estão em condições de igualdade. O imputado em nenhum momento tem condições de negociar efetivamente e discutir/propor as penas. Não há voluntariedade. Ao imputado cumpre ou aceitar ou rejeitar os termos impostos pelo Ministério Público.

O acordo de não persecução penal é ilegítimo por exigir a confissão do investigado, na forma como está disposto na legislação. Exigir a autoincriminação para evitar uma ação penal parece ser muito mais uma pressão psicológica do que um benefício, algo que fica muito mais claro quando se analisa sob a perspectiva o inocente. O desequilíbrio entre as

partes é nítido. O que ao culpado é uma boa oportunidade, ao inocente é uma tortura (LOVATTO; LOVATTO, 2002, p.74).

Importante reforçar a ideia de que o ANPP não deve servir para isentar a polícia de investigar e tampouco isentar o Judiciário e o Ministério Público de fiscalizar estas investigações. É necessário que tenham sido produzidos elementos que convençam o acusador de que o caso não requereria arquivamento (FRANCO, 2020, p.444). Caso o Ministério Público negue-se a propor o acordo, o investigado pode requerer a remessa do procedimento ao órgão superior do próprio Ministério Público. A iniciativa da proposição do acordo será sempre do *parquet*, sendo vedada nas ações penais de iniciativa privada. A vítima do delito deve ser intimada quando de sua homologação e seu eventual descumprimento (art. 28-A, §9º do Código de processo penal).

Verificando-se concurso de crimes, pelo fato de o ANPP ser um instituto que envolve barganha, existiria a possibilidade do acordo apenas para o crime que não envolveu violência ou grave ameaça, sendo oferecida a denúncia referente ao crime que não possibilita o acordo (MENDES; LUCCHESI, 2020, p.60).

O ANPP não é admitido nos casos em que cabe a transação penal, por ser mais favorável ao imputado, da mesma forma, inadmite-se que o acordo seja firmado entre o acusado e delegado de polícia, conforme se aduz do 28-A, *caput* e §3º do Código de processo penal. Para Mendes e Lucchesi (2020, p.75), assim como a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal, por também ser um instituto de barganha, constitui-se como direito público subjetivo do acusado.

Caso o acordo prossiga e sejam cumpridas as obrigações por parte do imputado, o juiz deverá decretar a extinção de sua punibilidade. Em caso de descumprimento das obrigações firmadas, o Ministério Público deve comunicar o juízo para fins de rescisão da avença e oferta da ação penal. É fundamental que o magistrado, antes de tomar qualquer decisão (principalmente se houver descumprimento do acordo), realize audiência para ouvir as eventuais justificativas do imputado. Uma vez celebrado e cumprido o acordo de não persecução penal, ele não consta nos antecedentes criminais do indivíduo, salvo para impedir um novo acordo no prazo de cinco anos.

2.7 A justiça negocial e sua proximidade com o sistema inquisitório medieval

Ante tudo o que foi exposto, far-se-á no presente tópico uma aproximação entre estas atuais práticas do processo penal brasileiro (que exigem a confissão do investigado) e as práticas penais do sistema inquisitório da Idade Média, como forma de demonstrar que, em que pese a "modernidade" das opções utilizadas pela política criminal contemporânea brasileira, em nada tem de essencialmente novo.

Assim, para além da caracterização do sistema processual penal brasileiro como inquisitório por permitir que o juiz invada a gestão probatória[188], mesmo contando com secundárias características acusatórias, o que se expressa a partir da presença da separação das funções entre acusar e julgar, o que se revela aqui é uma aproximação com o sistema inquisitório medieval e o funcionamento do Tribunal do Santo ofício, ou seja, a identificação entre o que é realizado hodiernamente e a atuação de mecanismos autoritários que funcionaram no passado.

Primeiramente, necessário se faz realizar a contextualização do surgimento do sistema inquisitório medieval que surge, enquanto estrutura, no seio da Igreja Católica como uma resistência ao que foi denominado, à época, de "desenvolvimento das doutrinas heréticas" (CARVALHO, 2004, p.36-38). O aparato punitivo que existia em Roma renasceu na Idade média no momento em que o Papa desejava reprimir todos aqueles que desejavam comunicar-se com Deus à margem de sua mediação sacerdotal. Assim, para fortalecer o seu poder (e também concentrar riquezas), estabelece uma jurisdição própria para perseguir os revoltosos, os hereges. Esse foi o Tribunal do Santo Ofício (ZAFFARONI, 2013, p.31-32).

Sob a marca da intolerância, o sistema inquisitivo se inicia com os Concílios de Verona (1184) e Latrão (1215) e ganha continuidade com as Bulas Papais de Gregório IX (1232) e Inocêncio IV (1252). Se a normatização do sistema inquisitório surge com a edição das Bulas papais, sua estrutura procedimental foi desenvolvida nos manuais "*Directorium Inquisitorum*" (1376) e "*Malleus Maleficarum"* (1252) que instrumentalizaram procedimentos sedimentados em denúncias anônimas, extração da confissão e busca da "Verdade real" (CARVALHO, 2004, p.36-38).

Especificamente sobre o IV Concílio de Latrão, tem-se que nele a Inquisição ganhou especial relevância, pois tal documento tratou explicitamente do extermínio dos hereges[189]

[188] O que se aufere, por exemplo, das leituras dos artigos 147, 149, 196 e 209 do Código de processo penal brasileiro.

[189] Para Batista (2002, p.255), "O caráter político de toda e qualquer criminalização não dispõe de um campo demonstrativo mais fecundo do que a heresia. A dissidência de fé implicava em uma dissidência política. Uso do herege como bode expiatório responsável por alguma desgraça ou sofrimento cuja real etiologia se pretenda dissimular". O uso político das criminalizações e a escolha do "inimigo da vez" que, seletivamente, será o alvo preferencial das agências punitivas estatais ainda restam muito vivos na atualidade.

e da imposição da confissão anual, fatores que claramente justificaram/legitimaram o fato de o inquisidor poder, sem limitações, buscar a qualquer custo as provas e alcançar a "Verdade real" (BATISTA, 2002, p.246).

A estética inquisitória estabelece quais provas promovem um supedâneo tal, que a verdade enunciada seja considera hígida. Nesta conjuntura, a confissão desempenhou um lugar de inegável destaque enquanto algo que, se não era, ocupava o lugar da "verdade" dentro do processo. Até hoje, ainda que não persista formalmente, a lógica da "tarifa probatória" reconhece a confissão como uma prova de mais valor do que outras, fazendo com que o interrogatório do acusado (ainda) seja local privilegiado no campo da produção probatória (GLOECKNER, 2021, p.18-19). A confissão era autêntico pressuposto para o perdão do acusado no Direito canônico. Com o arrependimento e a confissão, o pecador alcança a expiação de sua culpa e tem os pecados cancelados após cumprir uma penitência.

O aparato inquisitorial, que já havia sido testado em Roma anos antes, reaparece nas práticas judiciárias medievais quando surge a necessidade de se ampliar a malha repressiva. Por haver, naquela quadra histórica, a necessidade de se reprimir os crimes "comuns" e as heresias (crimes de consciência), os mecanismos utilizados permitem o elastecimento do rol dos culpáveis, tipificando qualquer conduta que se opunha ao "saber oficial" que era o saber da Igreja. Esta estrutura de poder onipresente, trazia grandes vantagens para o poder punitivo a partir da utilização de seus específicos métodos, dentre eles: o sigilo da identidade do delator; a ausência de separação das funções de acusar e julgar; o sistema tarifado de provas, com a confissão sendo a prova mais importante/valiosa; falta de publicidade nos procedimentos escritos; e a autorização do uso da tortura como mecanismo idôneo para a extração de confissões. Em relação a este último aspecto, tem-se que a utilização da tortura multiplicou as possibilidades de condenação pelo delito de heresia, posto que facilitou a obtenção da "prova suprema", a confissão. Instituído o sistema repressivo, verifica-se o desprestígio ao contraditório, ampla defesa e presunção de inocência (CARVALHO, 2004, p.39-40).

Na Idade média, o órgão judicante aglutinava as funções de acusar e julgar, estando o processo inquisitório guiado pela incessante busca pela "Verdade real" cuja prova fundamental era obtida através da tortura. O saber do acusado era a principal fonte de informação e seus direitos eram vilipendiados para que a "realidade pré-constituída" fosse confirmada (BRITO, 2016, p.63). Mesmo com o avanço da tecnologia e a evolução nas

técnicas investigatórias policiais, ainda hoje o saber do acusado é a principal fonte de informação para o processo. Tanto é, que dele exige-se a confissão nas delações e acordos de não persecução penal.

Nos tribunais europeus medievais, a tortura era uma rotina. As regras probatórias deste período foram criadas para substituírem o sistema das "*ordálias*", eliminado no ano de 1215. Apesar de, neste momento, os homens substituírem Deus na tarefa de julgar, eles estariam submetidos a regras probatórias tão objetivas, que não haveria espaço para discricionariedade na determinação da culpa ou da inocência. As regras sobre as torturas expandem-se para regular a "produção de confissões". A tortura testa a capacidade do confitente de resistir à dor e não a veracidade de suas declarações. Desta feita, diante da dor extrema, um inocente pode confessar algo que não fez (LANGBEIN, 2021, p.162-164)

Este modelo estabelece o surgimento dos "quadros mentais paranoicos", na medida em que, ao invés do magistrado se convencer a partir das provas trazidas aos autos, ele se utiliza das provas para confirmar o acerto de sua imputação enquanto juiz-acusador. Nesta conjuntura, o réu é apenas um objeto de investigação que possui a "verdade histórica/material" acerca do que ocorreu. Afinal, o estilo inquisitório "multiplica os fluxos verbais": é preciso que o réu fale (CARVALHO, 2004, p.41).

Quando o "norte" do processo penal não é a assimilação adequada da presunção de inocência, corre-se o enorme risco de que quem investiga e, posteriormente, quem acusa e julga, vá buscar provas que apenas reforcem seu juízo prévio, ignorando sumariamente qualquer acontecimento que tenha o condão de afastar aquela presunção de culpa já estabelecida (STEIN 2020, p.36).

Embora as práticas inquisitórias, em seus âmbitos formais, tenham sido erradicadas no Século XIX, sua matriz ideológica ainda predomina na legislação laica, orientando a "tessitura dos sistemas penais da atualidade", dentre eles, o brasileiro (CARVALHO, 2004, p.37). Afinal, ao se analisar a história dos sistemas processuais penais ao longo dos séculos, percebe-se que a sua regra é o inquisitorialismo. Como já exposto na primeira parte da presente investigação, considera-se o sistema processual penal brasileiro como sendo essencialmente inquisitório.

Neste sentido, Zaffaroni (2013, p.31) indica que a Idade Média ainda não terminou e isso porque ainda hoje somos produto daquele poder punitivo renascido no medievo, cujos

discursos legitimadores ainda estão em pleno vigor, fortalecendo-se a cada vez que precisam se libertar de qualquer limite para desembocar em um massacre.

O discurso inquisitório medieval marca todos os discursos posteriores que legitimaram grandes massacres. Esta afirmação pode parecer estranha, mas o que se quer sublinhar é que a grande permanência é estrutural, sendo apenas mudados os conteúdos conforme as pautas culturais/emergências de cada época. Da inquisição medieval até hoje, os discursos surgem respeitando uma mesma estrutura: alega-se uma emergência que coloca em risco a humanidade e o medo que essa emergência gera é utilizado para eliminar qualquer obstáculo que constranja o poder punitivo, considerado o único que pode aniquilar a ameaça. O que se opõe a este agigantamento do poder punitivo é considerado inimigo, ainda que, em toda a história da humanidade, nunca este poder punitivo tenha tido êxito em sua "tarefa" de eliminar o perigo que ameaça a sociedade. Portanto, o discurso inquisitório induz a criação de uma paranoia coletiva que "legitima" o poder político a retirar todos os limites do poder punitivo (ZAFFARONI, 2013, p.39-40).

Diversas aproximações entre o sistema inquisitório levado a cabo pelo Tribunal do Santo Ofício e as práticas processuais penais hodiernas que tentam transparecer ares de modernidade, enquanto que, na realidade, apenas replicam o que já há muito está no mundo. De acordo com Casara (2015, p.237) "a ausência de rupturas encontra reflexos no campo processual penal. O paradigma inquisitorial jamais foi superado".

Tal qual como atualmente, o poder punitivo se vale de vários eufemismos para ocultar sua perversidade. Desta forma, os inquisidores medievais afirmavam ser uma confissão voluntária aquela feita após aplicação de torturas. Os nazistas usavam termos como "internamento especial" e, hoje em dia, chama-se verdadeiras penas sem condenação de "medidas cautelares", como ocorre com as prisões preventivas, as vezes muito longas, utilizadas, inclusive, para torturar o investigado e fazê-lo confessar/delatar (ZAFFARONI, 2013, p.383).

Ainda sobre estas ocultações utilizando a linguagem, Zaffaroni (2013, p.385) indica que o *plea bargaining* ianque é um "procedimento extorsivo abreviador" em que o sistema trocou "presos sem condenação" por "condenações sem julgamento". Para Langbein (2021, p.171-172) as regras sobre a tortura funcionaram no sentido de se "eliminar a função decisória". Ora, ocorre exatamente o mesmo atualmente, com a *plea bargaining* nos Estados

Unidos da América e os institutos de justiça negocial (em sua maioria) no Brasil diminuindo cada vez mais o número de julgamentos que ocorrem.

Fazendo referência ao plea bargaining, Ferrajoli (2012, p. 456) infirma que estas transações que importam na admissão da culpa em troca de benefícios penais representam uma possibilidade enorme (e indesejável) de atos arbitrários (tanto comissivos quanto omissivos), não sendo possível controlar os "favoritismos" levados a cabo quando da acusação por parte do Ministério Público. Por certo está que a história nos mostra, hodiernamente, que estas modalidades de uso do processo penal tendem a ser consideradas como "a regra" e não "exceção", conferindo essa "normalização" uma consequência deletéria e que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito, a opção, que é a admissão de culpa, por parte de pessoas inocentes, que optam por receber logo "benefícios legais do Estado" ao invés de enfrentar os custos e os riscos do processo.

Percebe-se que atualmente ainda se responde às dificuldades inerentes ao sistema formal de prova tomando-se medidas que perpetuam a mesma ideologia daqueles que foram os "arquitetos das regras sobre a tortura" (LANGBEIN, 2021, p.180).

Verifica-se que, mesmo com o passar dos anos, a extração confissão ainda é uma grande condicionante do processo penal. Uma grande prova disso é justamente a sua exigência para a realização da delação premiada e do acordo de não persecução.

A confissão expia eventuais erros cometidos seja na investigação, seja no processo. A confissão também faz com que não seja mais necessário procurar "outros fragmentos de verdade", tampouco fazer análises minuciosas das "entrelinhas do processo". Desta feita, ainda que as codificações penais não afirmem a existência de uma prova mais relevante que as demais, na prática ocorre o contrário: a confissão traz uma emanação de "verdade" incontestável (GLOECKNER, 2021, p.23-24).

Desta confissão inabalável, verificou-se que, a partir dela, poderia se atingir terceiros. O intercâmbio entre as diferentes tradições jurídicas fez com que a delação ocupasse lugar de cada vez maior destaque nos processos penais inquisitórios e também em sistemas processuais que, ao menos no campo da aparência, diziam-se adversariais (como o sistema ianque) ou acusatórios (como, formalmente, o brasileiro). Apesar das incontáveis reformas legislativas, sabe-se que a codificação penal brasileira é autoritária. As leis promulgadas pós constituição federal de 1988 em pouco comungam com ela seu cariz acusatório. Desta forma, a expansão do instituto da delação premiada no país, como se verificou em tópico

anterior, serve como estratégia inquisitorial para um processo inquisitorial guiado por uma mentalidade inquisitorial. A delação premiada não foi trazida para o ordenamento jurídico brasileiro para "neutralizar" o seu viés inquisitivo, pelo contrário, veio para reforça-lo (GLOECKNER, 2021, p.26-31).

Na delação premiada como empregada no Brasil, a pretexto de se combater a criminalidade, busca-se a "verdade" por meio da confissão do delator e a incriminação de coautores ou partícipes, para isso conferindo o Estado, prêmios ao acusado. No sistema inquisitório medieval, a pretexto de combater condutas heréticas, buscava-se a "verdade" por meio da confissão, através da tortura. Ora, qualquer semelhança, definitivamente, não é coincidência (BRITO, 2016, p.63-64).

A exigência da confissão pormenorizada para "dar sentido" à *opininio delicti* do acusador, no acordo de não persecução penal, acaba fazendo com que os outros elementos probatórios colhidos sejam descartáveis. Assim, a exigência da confissão resgata a sua posição de "prova suprema/*regina probationum)* típica do sistema inquisitório da Idade média. A confissão volta a seu lugar de "moeda de troca", evidenciando a falência do Estado enquanto acusador e julgador (MARTINELLI, 2020, p.318).

O acinte ao contraditório, à ampla defesa, a confusão nas tarefas de acusar e julgar, a supervalorização da confissão do acusado, as delações sigilosas, a construção de quadros mentais paranoicos que impedem a imparcialidade do julgador, o movimento de eliminação dos julgamentos, todas estas temáticas já foram tratadas na presente tese quando da exposição sobre a justiça criminal negocial e seus institutos da delação premiada e acordo de não persecução penal e, como visto, guardam total relação com o sistema inquisitório medieval, pois são relevantes características dele.

Dando-se destaque para a confissão, percebe-se que até os dias atuais, ainda que não haja formalmente a tarifa probatória da Idade média, a busca pela confissão ainda condiciona o processo, o que se explicita pela exigência da confissão por parte de quem opta pela delação premiada ou pelo acordo de não persecução penal. Esta prova ainda é considerada de força ímpar e sua busca ainda é de muito valor no jogo processual. Se antes a tortura era utilizada para a extração da confissão, hoje os métodos são diferentes (prisões preventivas, por exemplo), afinal, a estrutura mantém-se hígida, enquanto os conteúdos diferenciam-se conforme a época.

Tratando da realidade do *plea bargaining*, mas que cabe perfeitamente ao cenário brasileiro da justiça criminal negocial, John Langbein (2021, p.172) infirma que o poder punitivo da atualidade ainda coage o acusado contra quem se encontra uma causa provável para confessar a culpa. Contudo, os métodos atuais "são mais elegantes", afinal, não se usam mais as rodas e botas espanholas para se esmagarem pernas. Mas da mesma forma que os europeus de séculos atrás, atualmente ainda se faz o acusado pagar muito caro por querer exercer seu direito constitucional do direito a um julgamento. Ele será apenado muito mais rigorosamente se quiser ir a julgamento e for condenado. É isso que faz o sistema de justiça negocial extremamente coercitivo. Ainda que exista uma diferença entre ter partes do seu corpo esmagadas ou sofrer anos encarcerado por recusar-se a confessar, a diferença é apenas de grau, mas não de espécie.

Na mesma linha está Brito (2016, p.65-69) ao aduzir que a busca pela confissão se mantem inalterada desde a Inquisição. Ocorre que os mecanismos utilizados são diferentes na consecução do mesmo desiderato: condenações utilizando-se de cada vez menor esforço por parte do Estado. Em comparação com o realizado na idade média para se alcançar a "Verdade", foi-se da tortura ao prêmio; do constrangimento à "liberdade de contratar"; se antes o réu era torturado para confessar e delatar, hoje é "incentivado" a agir desta forma graças à possibilidade de premiação. A lógica inquisitorial, em si, permanece inalterada.

CONCLUSÕES

Conforme tudo o que foi exposto neste trabalho, o sistema de justiça criminal negocial muito se fortaleceu ao longo dos anos no Brasil. Desde a permissão à transação em crimes de menor potencial lesivo trazida pela constituição, até a lei 13.964/19 e o acordo de não persecução penal, verifica-se um desenvolvimento perene dos institutos que impõe a lógica da "colaboração" e "barganha" a partir da renúncia do imputado à sua função de resistência em troca de um abrandamento de sua pena.

O discurso oficial, com amplo apoio da mídia, tende a expor o cenário construído no sistema de justiça criminal negocial como sendo benéfico a todos os agentes nele presentes, afinal, todos estariam consentindo para a resolução do conflito. Contudo, este discurso é falacioso, na medida em que o acusado é perversamente prejudicado, não tendo efetiva liberdade para negociar com o acusador os termos da sua pena. Desta forma, enquanto juízes, promotores de justiça e até mesmo advogados de defesa são beneficiados (seja pela diminuição da carga de trabalho, seja pela facilitação no recebimento dos honorários), o acusado só perde com a renúncia a suas garantias fundamentais e com sua submissão a uma sanção estatal.

À título de conclusão da presente pesquisa, visa-se responder de forma objetiva e sistemática aos questionamentos considerados "problemas de pesquisa", tanto o principal quanto os secundários. Serão repetidas aqui as questões expostas na introdução e que nortearam a investigação. São elas: Como se deu a fundação de um Direito fundamentalmente brasileiro? Como deve ser caracterizado um sistema penal essencialmente democrático? O sistema processual penal brasileiro é acusatório? Como o mercado de trabalho se relaciona com o cárcere? O Brasil tornou-se um Estado Pós-democrático? Se sim, qual foi o acontecimento demarcou esta transição ao Estado Pós-democrático? A justiça negocial criminal corrompeu Estado Democrático de Direito no Brasil? (principal problema de pesquisa).

O Brasil foi "descoberto" em 1500, contudo, apenas em 1534, com a implantação das capitanias hereditárias, a colonização portuguesa ganha impulso, seja para povoar o território, seja para tirar algum proveito econômico dele. A maioria das capitanias fracassou. O primeiro governo-geral da colônia esteve sob comando de Tomé de Sousa em 1549 e foi fundamental para a estruturação de uma administração propriamente colonial. O primeiro Tribunal de relações no país foi instituído na Bahia em 1609.

Vigorava no Brasil colônia as Ordenações Filipinas, legislação da metrópole. Existiram muitas (arbitrárias) interpretações e adaptações desta legislação à realidade brasileira, completamente diferente da portuguesa.

O Brasil torna-se independente de Portugal em 1822, contudo, a dependência da colônia em relação a metrópole era tão visível que em 1823 foi promulgada a lei vinte de outubro que determinava a continuidade da vigência, no Brasil, dos atos normativos portugueses (ordenações, leis, decretos, resoluções, etc.) que tivessem sido promulgados até vinte e cinco de abril de 1821. A primeira constituição do Brasil é de 1824, o seu primeiro código penal é de 1830 e seu primeiro código de processo penal é de 1832. As primeiras Academias de Direito do país, que muito influenciaram a construção deste Direito genuinamente brasileiro, são de 1827.

A constituição de 1824, em linhas gerais, trouxe o Direito ao livre pensamento, à inviolabilidade do domicílio e à liberdade de locomoção. Contudo, legitimava a escravidão. No âmbito político, apenas os mais ricos poderiam ter participação política. O código criminal de 1830 previa a cominação de pena de açoites aos escravizados e criminalizava as condutas denominadas de "mendicância" e "vadiagem", criminalizando a pobreza. Definitivamente, este código criminal não representava um marco do pensamento iluminista.

O código de processo criminal de 1832 contou com grande influência do pensamento inglês e instituiu os Juizados de instrução comandados pelos juízes de paz, o que objetivava descentralizar o poder, um apelo essencialmente liberal. Contudo, em 1941, este código foi reformado e sua principal característica liberal foi eliminada, dando espaço para uma centralização policialesca do poder a partir da inserção do "chefe de polícia" dentro das atividades judiciárias. Assim, tem-se que a codificação legal genuinamente brasileira (aqui analisou-se a constituição e os *digestos* penais) expunha as marcas de uma estrutura política e jurídica pautada no latifúndio agroexportador e no trabalho escravo.

No que concerne à formatação de um sistema penal em um Estado Democrático de Direito (opção do constituinte de 1988), verificou-se que ele deve possuir algumas características essenciais, tais como: atuação imparcial e passiva dos juízes, que devem manter-se afastados da produção probatória; atividade de acusar e julgar pertencendo a pessoas diferentes; respeito ao contraditório e ampla defesa; respeito às noções de "segurança jurídica" e "coisa julgada" e tratamento igualitário das partes. O sistema

acusatório, que se alinha aos ditames democráticos a partir do respeito irrestrito aos direitos fundamentais, estrutura-se em uma relação dialética das partes em uma relação "triangular" com o magistrado, tendo este que se afastar da gestão probatória.

A partir da identificação da "gestão probatória" como princípio unificador dos sistemas processuais penais, tem-se que, mesmo com a constituição de 1988 delimitando um processo penal de nítido caráter garantista, o código de processo penal de 1941 (ainda vigente no país) permite, de forma expressa (por exemplo, através de artigos como 156, 196 e 209), a invasão do magistrado no campo da gestão probatória, inviabilizando a sua imparcialidade.

Por isso, ainda que o processo penal brasileiro tenha características secundárias de cariz acusatório, trazidas em sua maioria pela constituição (sendo a principal delas a separação entre as tarefas de acusar e julgar), por colocar a gestão probatória nas mãos do juiz (princípio unificador do sistema), tem-se que ele é essencialmente inquisitório.

Em relação a forma como o mercado de trabalho se relaciona com o cárcere, temática que de certa forma faz a transição entre a primeira e a segunda partes dessa tese, verificou-se que as punições, historicamente, se moldaram sobretudo às necessidades do mercado de trabalho. Se há uma quantidade insuficiente de trabalhadores para o Mercado, a punição torna-se trabalho forçado; se a quantidade de trabalhadores excede as necessidades, a punição significa o extermínio deste excesso.

O cárcere, como símbolo, define quem é proprietário e quem não é proprietário. É neste contexto que o presente trabalho também trouxe à lume o princípio do *less egilibity* que, objetivamente, indica que as condições de vida do proletário marginal regem a as formas de punição estatal. Quanto pior as condições de vida da classe trabalhadora, pior serão as condições do cárcere, o que se justifica a partir de uma lógica de desestímulo à prática delitiva. Nesta conjuntura, já se percebe a ligação entre sistema penal e eficientismo, que na justiça negocial criminal ganha uma nova forma.

O neoliberalismo começou a implantar-se no país a partir da "redemocratização". Reformas neoliberais foram sendo acopladas à constituição federal de 1988 sob a justificativa que era necessário controlar a inflação. Ao longo dos anos, verificou-se no país o gradual desmonte dos serviços públicos e degradação dos direitos sociais, enquanto que os detentores do grande capital tinham seus interesses preservados sobretudo pela classe

política. A diminuição dos investimentos no setor social foi compensada pela expansão do poder punitivo.

No Direito (principalmente no sistema penal), verificou-se a possibilidade, cada vez mais fortalecida, de transacionar direitos fundamentais em prol da eficiência do poder punitivo. Cada vez mais o Direito se assemelhava ao mercado e a democracia passava a ser vista como uma barreira à razão neoliberal e aos anseios dos detentores do grande capital.

Observou-se a colonização da racionalidade neoliberal sobre o processo penal, que faz com que não haja qualquer limite à atuação do poder punitivo. É essa ausência de imposição de limites ao poder de punir estatal que caracteriza o Estado pós-democrático. Desta feita, sim, considera-se que o Brasil chegou ao estágio de Estado pós-democrático, não podendo ser considerado uma democracia. A presente tese foi além e definiu especificamente o momento em que se pôde demarcar esta transição à pós-democracia.

O ponto de viragem foi a promulgação da lei 9.807/99, que expressamente permitiu a utilização da delação premiada a qualquer crime, independentemente de sua complexidade/gravidade. Havia autorização legal, portanto, para uma ampla possibilidade de se transacionar direitos fundamentais na esfera penal em prol da eficiência do poder punitivo. Com esta lei, verifica-se o ápice de "neoliberalização" do sistema penal brasileiro, uma vez que direitos fundamentais passam a participar deste escampo como se fossem ordinárias mercadorias, diminuindo o valor da facticidade e aumentando o valor das estratégias processuais.

Ante tudo o que foi exposto, tem-se que a justiça negocial criminal corrompeu o Estado democrático de Direito brasileiro, uma vez que perverteu muitos de seus pilares, entre eles: a separação dos poderes; o respeito à presunção de inocência; o princípio da legalidade; o princípio da igualdade, dentre outros trazidos na tese. É próprio da estrutura da justiça negocial haver coação sobre o único que tem a perder nesta "zona de consenso": o acusado. Todo este modelo é pensado para obedecer aos interesses de quem realiza a gestão criminal. A estrutura é feita para que eles tenham cada vez menos trabalho, enquanto que os direitos dos acusados são fulminados nesta perversa negociação. O Estado, inapto na tarefa de produzir provas idôneas contra o acusado, precisa constrangê-lo ilegitimamente, lhe ofertando prêmios para que concorde em antecipar a sua pena. Neste cenário, claro está que não há manifestação livre do acusado, parte mais frágil da relação.

Os custos democráticos da intenção de se dotar o processo penal de uma lógica eficientista neoliberal são inúmeros e são a cada dia mais naturalizados em uma sociedade historicamente autoritária e excludente como a brasileira. Em nome da diminuição de custos e antecipação das penas, para além da renúncia do exercício da defesa pela qual os imputados, pela própria estrutura de negociação (em que não há paridade e o acusador também é o julgador), são coagidos a aceitar, são ofertados, como através do acordo de não persecução penal, acordos para que nem mesmo o processo possa existir.

Considerando-se o processo penal como garantia, destrói-se o arcabouço de direitos fundamentais que todo cidadão brasileiro poderia/deveria exercer para proteger-se da ilimitação do poder estatal, o que evidencia a impossibilidade do convívio entre a justiça negocial criminal brasileira e uma democracia. Este modelo de justiça oblitera, dentre outros tantos direitos/princípios democráticos, o direito a um julgamento justo em que sejam respeitadas as garantias fundamentais, fulminando por completo a função do processo penal em um Estado Democrático de Direito, qual seja, limitar o controle do exercício do poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007.

ANDERSON, Perry. **Brasil à parte**. Tradução Alexandre Barbosa de Souza [et al]. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ANDRADE, Daniel Pereira. O que é o neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais. **Revista Sociedade e Estado**, v.34, n.1, jan-abr.2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida.** Florianópolis: tese de doutorado, Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARBOSA E SILVA, Adrian. **Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. O medo na história do direito penal brasileiro. *In* NEDER, Gizlene (org). **História & Direito: jogos de encontros e transdiciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 141-150.

BAUMAN, Zygmunt**. Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro, Paz e Guerra, 1986.

BOURDIEU, Pierre**. Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução Lucy Magalhães. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade.** Belo Horizonte, Editora D´Plácido, 2016.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente.** Traduzido por Mario A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politéia, 2019.

CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova (Estudos CEJUR)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CAMPOS, Francisco. **Exposição dos motivos do Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941 (DOU 13/10/1941).

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de legislação e jurisprudência**. Ano 146º. Nº 4000. Setembro-outubro, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 11 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. 01. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. *In* CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASARA, Rubens R. R. **Bolsonaro: o mito e o sintoma**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

CASARA, Rubens R. R. **Contra a miséria neoliberal: racionalidade, normatividade e imaginário**. São Paulo: Autonomia literária, 2021.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie**. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018.

CASTRO, Susana de. Democracia liberal e capitalismo *in* CASARA, Rubens R. R. **Em tempos de pós-democracia**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CHAUÍ, Marilena. Brasil: **Mito fundador e sociedade autoritária**. 2. reimp. 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 4 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CORRÊA, Mariza. Sobre a invenção da mulata. **Cadernos Pagu** (6-7). pp.35-50, 1996.

COSTA, José de Faria**. Direito Penal e Globalização. Reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 jul/set. 2009.

CROUCH, Colin. **Post-democracy**. Cambridge: Polity Press, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & Política – Poder constituinte, constituição material e cultura constitucional.** Lisboa: Quid Juris – sociedade editora, 2012.

D'ARAÚJO, Maria Celina Soares. Justiça Militar, segurança nacional e tribunais de exceção. *In* **30º Encontro Anual da Anpocs**, outubro de 2006. Caxambu, 2006.

D´ARAÚJO, Maria Celina Soares. **O Estado novo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editores, 2000.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. **Democracia.** Lisboa: Temas & debates – actividades editoriais, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAMATTA, Roberto**. O que faz do brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** Tradução Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

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

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e Movimentos de política criminal**. Rio de janeiro: Revan: 1992.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

DUSSEL, Enrique**. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão.** Petrópolis: Vozes, 2002.

EISENSTADT, Shmuel Noah. **Os regimes democráticos: fragilidade, continuidade e transformabilidade.** Oeiras: Celta Editora, 2000.

FAUSTO, Boris, colaboração de Sérgio Fausto. **História do Brasil**. 14. ed. atual. e ampl. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Acordos sobre a sentença em processo penal – O fim do Estado de Direito ou um novo princípio?** Coimbra: Almedina, 2011.

FOLEY, Gláucia. Outro judiciário é possível: a reinvenção democrática da justiça in CASARA, Rubens R R. **Em tempos de pós-democracia**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX *In* NEDER, Gizlene (org). **História & Direito: jogos de encontros e transdiciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P.109-127.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015.

FRANCO, João Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal in DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). **Acordo de não persecução penal**. 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

FRASER, Nancy. **O velho está morto e o novo não pode nascer**. Tradução Gabriel Landi Fazzio Revisão Lilian Aquino. São Paulo, Autonomia literária, 2019.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório *in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. 2 ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e Sistema Penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação.** 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Uma epistemologia da política criminal racional e democrática. *In* Bleine Queiroz Caúla; Valter Moura do Carmo. (Org**.). Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. vol. 3, tomo II. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 3, p. 275-288.

GOZDAWA DE SULOCKI, Victória-Amália de Barros Carvalho. Viagem na irrealidade cotidiana: o que Umberto Eco pode nos dizer sobre delação premiada *in* CASARA, Rubens R R (org). **Em tempos de pós-democracia**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

KHALED JR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitorial? **Civitas.** Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

KROPOTKIN, Pyotr. **As prisões.** Tradução e diagramação: Barricada Libertária. Barricada Libertária: Campinas, 2012.

LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining *in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais.** 2 ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.

LAVAL, Christian. **A escola não é uma empresa: o neoliberalismo em ataque ao ensino público**. Tradução Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

LAVAL, Christian. **Foucault, Bourdieu e a questão neoliberal**. Tradução de Márcia Pereira Cunha e Nilton Ken Ota. São Paulo: Elefante, 2020.

LIVETSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. Justiça negociada: Utilitarismo Processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). Porto Alegre: DPE, 2020.

MACEDO, Donaldo. **A democracia imposta: diálogos com Noam Chomsky e Paulo Freire.** Ramada: Edições Pedago, 2011.

MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti. O direito de ser africano libre a década de 1860 ou a lei de 1831 e "a questão servil" *In* NEDER, Gizlene (org). **História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.163-173.

MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal in DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). **Acordo de não persecução penal.** 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

MAZZEO, Antonio Carlos. **Estado e burguesia no Brasil: origens da autocracia burguesa**. 3 ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX).** Tradução Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2019.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei anticrime – a (re)forma penal e a aproximação do sistema acusatório? Lei 13.964/19, que modifica o CP, CPP, LEP e outras leis penais extravagantes**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas.** 1 reimpr. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. **O colapso da democracia no Brasil: da constituição ao golpe de 2016**. 1. Ed. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Expressão Popular, 2019.

MORAIS, Rômulo Fonseca. **O extermínio da juventude negra: uma análise sobre os "discursos que matam".** 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal in DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). **Acordo de não persecução penal**. 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

MUNTEAL FILHO, Oswaldo. O liberalismo num outro Ocidente. *In* GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal (org). **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p 31-72.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

NASSAR, Raduan. **Lavoura Arcaica.** 3. ed. 10 reimpr. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

NEDER, Gizlene. **O iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de janeiro: Revan, 2007.

NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no brasil: ideais, representações e práticas (1820-1823). *In* GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal (org). **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática.** Rio de Janeiro: Revan, 2013. p 73-100.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. 3. ed. São Paulo, Editora Brasiliense S.A, 1985.

NUSSBAUM, Martha. **Sem Fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Pontes, 2015.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich**. A teoria geral do Direito e o marxismo**. Tradução e notas por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEIXOTO, Antonio Carlos. Liberais ou conservadores? *In* GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal (org). **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p 11-29.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir.** 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de**. Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. *In* CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org**.). Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PRADO, Geraldo**. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

PRADO, Maria Emília. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambiguidades do império do Brasil. *In* GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal (org). **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática.** Rio de Janeiro: Revan, 2013. p 163-189.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

REIS, João José. **Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos malês (1835**). São Paulo, Editora Brasiliense, 1986.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Tradução, revisão técnica e nota introdutória: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lécio. **Brasil: neoliberalismo versus democracia**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

SAFATLE, Vladimir. A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral *in* SAFATLE, Vladimir; SILVA JÚNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (organizadores). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico**. 1 ed. 1 reimpr. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

SAFATLE, Vladimir**. Do uso da violência contra o Estado ilegal**. 1 ed. São Paulo: Boitempo 2019. Edição do Kindle.

SAFATLE, Vladimir. **Só mais um esforço**. São Paulo: Três estrelas, 2018.

Santos, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Delação (colaboração) premiada**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A democracia impedida: o Brasil no século XXI**. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2017. Edição Kindle.

SARDINHA, Diogo. **A tirania dos poderes coniventes: o Brasil na conjuntura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

SCHNEIDER, Gabriela. **Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: Uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito**. 2014. 212 f. Dissertação (mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição Kindle.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016. Rio de Janeiro: Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, António Rui Braga Lemos. **Direito: evolução e continuidade. Um ensaio em torno do sentido e do espírito do Direito português no século das luzes**. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas Gerais: Especialidade de Ciências Jurídicas Gerais. Universidade do Minho, Braga, 2012.

SOLAZZI, José Luís. **A ordem do castigo no Brasil.** São Paulo: Imaginário: Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007.

SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr., 2019. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo: a política do "nós" e "eles"**. 1 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial *in* DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). **Acordo de não persecução penal.** 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017. Edição Kindle.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria (RS), v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30012 >. Acesso em: 25 jan.2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. 1999.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. A questão do Direito no Brasil Colonial (a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais) *In* NEDER, Gizlene (org). **História & Direito: jogos de encontros e transdiciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p 77-94.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi**. A cultura do medo e a criminalização seletiva no Brasil.** 1 ed. Amazon. Versão Kindle.

WINTER, Lorena Bachmeier. A justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos *in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea bargaining.** 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Tradução Renato Aguiar. 3 reimpr. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. A questão criminal**. tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 10ª ed., 2011.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim do IBCCRIM**. n. 300, novembro 2017, p. 3-5.