

# A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal<sup>1</sup>

GERALDO PRADO

*Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro*

## Resumo

O texto enfatiza as permanências autoritárias no processo penal brasileiro mesmo depois do advento da Constituição democrática de 1988 e apesar das transformações globais pós Guerra Fria. A tradição autoritária, em nossa opinião, é responsável pela “crise das ciências penais no Brasil”, rastreada tanto na produção teórica como no âmbito das práticas judiciais. O caráter peculiar da transição democrática recente e a estabilidade institucional no seio do Poder Judiciário, mesmo depois dos golpes de estado de 1964 e do Estado Novo (1937), são reveladores da cultura de restrição da liberdade e do emprego do direito penal para domesticar dissidências. A comparação com a transição operada na Argentina, praticamente na mesma época, e os vários exemplos de impermeabilidade do Sistema Penal brasileiro a categorias como a “presunção de inocência”, confirmam a tese de que a democracia política até o momento não deu conta das demandas de universalização do respeito à dignidade da pessoa humana, desafio

---

<sup>1</sup> Palestra proferida no Ciclo de Conferências organizado pela Faculdade de Direito, pelo Programa de Pós Doutorado em Democracia e Direitos Humanos e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século 20 da Universidade de Coimbra, em 06 de novembro de 2012, no âmbito do módulo de Direito Penal coordenado pela Profa. Doutora CLÁUDIA SANTOS.

que requisita mudanças profundas no aparato repressivo do próprio sistema, mas também na formação dos juristas.

**Palavras-chave:** Brasil. Autoritarismo. Direitos Humanos. Sistema Penal. Transição Democrática. Crise do Direito Penal.

## Abstract

The text emphasizes the authoritarian remains in Brazilian criminal procedure even after the advent of the democratic constitution of 1988 and in spite of global transformations after the end of the Cold war. The authoritarian tradition, in our opinion, is responsible for the “crisis in Brazilian criminal science”, as may be seen in the production of theory as well as the within the milieu of legal practices. The peculiar character of the recent transition to democracy and the institutional stability at the heart of Judicial Power, even after the 1964 military take over and the Estado Novo (1937) military regime, reveal a culture of restricted liberties and the use of criminal law to pacify dissidences. In comparison to the transition that took place in Argentina, almost during the same time period, the various examples of impermeability of the Brazilian Criminal System to categories such as “presumed innocence”, confirm the hypothesis that political democracy to this day hasn’t accounted for the demands of universalizing respect for the dignity of the human being, a challenge that will require deep changes in the repressive apparatus of not only the system itself, but also in how practitioners are educated as jurists.

**Keywords:** Brazil. Authoritarian rule. Human Rights. Criminal System. Transition to Democracy. Criminal Law Crisis.

## 1. Introdução

No Brasil quase três décadas nos separam do fim da ditadura militar, que teve início em 1964 e, em uma transição negociada em

termos vantajosos para as elites que comandavam o País, deu lugar a um governo civil em 1985 e a uma nova Constituição em 1988.

Nestes mais de vinte anos pós 1988, quando foi promulgada a Constituição brasileira, o mundo mudou de forma significativa. Transformações políticas, econômicas, culturais e sociais.

O fim da Guerra Fria, a nova dinâmica de uma globalização aparentemente liberada das amarras do risco de extremadas confrontações militares, que se deslocaram para a periferia global, embora tenham ressurgido no centro sob a forma de atos de terrorismo, a revolução proporcionada pelas modernas e extraordinárias tecnologias de informação e comunicação são apenas alguns dos exemplos conhecidos da nova face da vida planetária e todos são bastante estudados na Europa.

O fenômeno mesmo da globalização, interligando mercados, instituições e pessoas e sujeitando setores cada vez mais amplos da população mundial, com independência das fronteiras, aos efeitos econômicos e políticos de decisões, na maioria das vezes tomadas em ambientes opacos, impenetráveis aos controles democráticos postulados e desenvolvidos a partir da segunda metade do Século XX, parece demonstrar que, afinal, vivenciamos problemas comuns.

Essa impressão por certo é compartilhada por quem estuda os temas atuais do Direito Penal, do Processo Penal e da Criminologia. E isso é notado, particularmente, quando diferentes sistemas jurídicos afastam-se de seus padrões tradicionais e colocam de lado antigos dogmas para incorporar categorias, métodos e institutos que, com independência de sua origem – *common law* ou de direito continental europeu – têm protagonizado as reformas penais em sentido *lato* que são vistas em todos os Estados.

Também no Brasil, em alguma medida, integram o cardápio das reformas projetadas ou em curso tópicos como o emprego de métodos ocultos de investigação, a expansão dos crimes de perigo abstrato, com a ênfase na incriminação de formas omissivas de

conduta, a eleição do “combate à corrupção” e ao “tráfico de drogas”, sob a rubrica comum de “crime organizado”.

Na mesma linha vislumbram-se decisões dos tribunais que, de modo especialmente perigoso para a democracia, enfraquecem o regime jurídico das garantias e suscitam antagonismos entre estudiosos e até mesmo entre escolas penais.

Com tantas questões contemporâneas deve soar “estranho” que a comunicação enfoque “permanências autoritárias” no processo penal brasileiro, evocando práticas antigas que seria de supor já estivessem dissolvidas ao menos pela inexorável passagem do tempo.

Não é assim, todavia.

A história nos ensina – e o conceito de transição revela isso mais do que qualquer outro – que as práticas consagradas em determinada época convivem com outras, reprovadas pela opinião geral, mas nem por isso desaparecidas<sup>2</sup>.

Algo semelhante ao que se passa com a memória oficial que as ditaduras difundem e tentam incutir nas pessoas, mas que não faz desaparecer as diversas memórias sociais dissidentes, de resistência à opressão<sup>3</sup>. Também o contrário ocorre.

Práticas autoritárias emergem e submergem, conforme o ciclo político, mas não desaparecem. E no campo da Justiça Criminal, no Brasil, não é sequer correto afirmar que tais práticas tenham perdido fôlego com o fim da ditadura.

Ao revés. Mostrando restaurado vigor, estas práticas disseminaram-se e em alguma medida contagiadas pelo nível das discussões teóricas na Europa sobre “a crise do Direito Penal”, que também opõe modelos mais ou menos rigorosos no campo das garantias, buscam reivindicar novo *status*.

---

<sup>2</sup> MARTINS, Rui Cunha. *Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>3</sup> AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Madrid: Alianza, 2008.

Sublinhe-se que no Brasil, na academia, há certo consenso sobre estarmos vivendo um período de “crise do Direito” e, particularmente, de “crise do Direito Penal”. Os elementos desta crise, todavia, são distintos daquelas fruto da experiência europeia mais recente.

E a tese desta comunicação é a de que a permanência e predominância de elementos autoritários, consolidados historicamente na cultura brasileira, constituem a razão de base, a que se somam naturalmente outros fatores, para a situação crítica em que se encontram a teoria e a prática penais na atualidade.

Identificar este cenário de permanências autoritárias é, pois, fundamental para compreender a opção metodológica e política de parte dos estudiosos brasileiros, em defesa de princípios em matéria penal e processual penal caros à democracia, princípios que raramente concretizaram-se na experiência cotidiana do funcionamento de nosso (brasileiro) sistema de Justiça Criminal.

## 2. Autoritarismo e práticas penais

Algumas palavras sobre a transição no Brasil.

Anthony Pereira sublinha que o Brasil manteve-se afastado da tendência geral, verificada na América Latina, de construção das chamadas justiças de transição. Ao contrário, salienta PEREIRA, a atitude oficial do governo brasileiro sobre o tema até bem pouco tempo era de silêncio e amnésia<sup>4</sup>.

PAULO SÉRGIO PINHEIRO, que integra a Comissão da Verdade instituída no Brasil em 2012, destaca que uma das características dos regimes autoritários que monopolizaram a realidade brasileira durante o Século XX (1937-45 e 1964-85) consistiu em assegurar o

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Anthony, W.. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 35.

funcionamento de instituições jurídicas anteriores “dentro do quadro normativo ditatorial”<sup>5</sup>.

Assim as justiças penais funcionaram regularmente, mesmo em seguida aos golpes de estado, e foram também funcionais aos novos regimes autoritários, incrementando e conferindo às práticas violadoras da dignidade das pessoas o selo de juridicidade que, aparentemente, inscrevia tais práticas em um contexto de “normalidade institucional”.

Clássicos exemplos disso podem ser extraídos da ausência quase absoluta, mas bastante significativa, de censura social ao emprego da tortura, tolerada em um nível de naturalização da violência que ainda hoje contamina o aparato estatal de repressão<sup>6</sup> e a igual naturalidade como foram construídos socialmente os “inimigos” da ordem.

Sobre este aspecto é ilustrativo o caso “Olga Benário”, companheira do líder comunista LUIS CARLOS PRESTES que a ditadura VARGAS entregou grávida aos nazistas para ser morta, após decisão por sua extradição, ordenada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em julgamento de que participaram alguns de nossos mais festejados juristas (CARLOS MAXIMILIANO entre outros) e que contou com a opinião pública favorável de CLÓVIS BEVILÁQUA (autor do

---

<sup>5</sup> PINHEIRO, Paulo Sergio. “Prefácio à obra de Anthony W. Pereira”, *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 9. Não há nisso nada de extraordinário quando se compara a experiência àquelas investigadas por Otto Kirchheimer, em *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos* (México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961, p. 48): “Durante la época moderna, cualquiera que sea el sistema legal que predomine, tanto los gobiernos como los grupos privados han tratado de allegarse el apoyo de los tribunales para sostener o cambiar la balanza de poder político. En forma disfrazada o no, los problemas políticos se presentan ante los tribunales, para ser confrontados y sopesados en las balanzas de la ley, por mucho que los jueces se inclinen a evadirlos, puesto que los juicios políticos son inevitables.”

<sup>6</sup> KEHL, Maria Rita. “Tortura e sintoma social”, *in: O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 124.

anteprojeto de Código Civil de mais longa duração da República)<sup>7</sup>. A lei brasileira vedava expressamente a extradição de estrangeira grávida de brasileiro.

Importante ressaltar que os padrões autoritários de nosso sistema de justiça criminal antecedem ao ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, inspirado no fascista Código Rocco (italiano) da década de 30 do século passado.

A doutrina processual penal brasileira raramente interessou-se em investigar as origens e modo de configuração de nosso modelo judiciário penal, contentando-se na maioria dos casos com a conformadora “*história legislativa*”.

Houvesse alguma dedicação ao tema e disposição ao diálogo interdisciplinar, os processualistas brasileiros teriam observado, com nossos antropólogos e historiadores, que a crescente interiorização e presença da Justiça Criminal no território brasileiro, ao longo do século XIX, resultou da política de fortalecimento do poder central e alianças conjuntarias com as elites agrárias.

Optou-se pela instituição da ordem judiciária pela via da conversão de agentes de polícia em magistrados vinculados politicamente aos governantes locais, e ainda pela expansão das cadeias públicas, expressão da política de contenção das dissidências e punição de escravos rebeldes<sup>8</sup>.

O domínio da ideologia racista, que mereceu atenção de expressivos juristas e pensadores e provocou intensos debates, de modo especialmente significativo às vésperas da abolição da escravidão, não pode ser desconsiderado quando se tem em conta a cobertura normativa penal colocada à disposição do poder nas primeiras déca-

---

<sup>7</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história do direito entre foices, martelos e togas: Brasil – 1935-1965*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 26-7 e 49.

<sup>8</sup> MAIA, Clarissa Nunes e outros. *História das prisões no Brasil*. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

das da jovem República (período hoje denominado República Velha, que se encerra com o golpe de estado de 1930)<sup>9</sup>.

É significativo que o inquérito policial no Brasil haja sido instituído às vésperas da entrada em vigor da Lei do Ventre Livre, em 1871<sup>10</sup>.

A hipótese de trabalho mais segura para explicar o fato de a balança do poder penal ter pendido em favor da segurança, por quase duzentos anos, em detrimento da liberdade e de ter alimentado a cultura autoritária que inspirou práticas e leis penais no Brasil – e continua inspirando – consiste em minha opinião, em admitir que:

malgrado os diligentes esforços pela implantação de uma legalidade democrática, em especial depois de 1988, há consenso alargado na sociedade brasileira de que a Justiça Penal cumpre o papel de domesticar dissidências, resistências e expressões de alteridade que sejam causadoras de medo e inspiradoras de instabilidade.

Compreende-se neste cenário a observação de Pinheiro de que as décadas pós implantação da democracia política no Brasil são marcadas “por ‘recaídas’ nas quais as garantias do devido processo inexistem para a maioria da população, em particular para os afro-latinos, os indígenas, as meninas, as crianças, os adolescentes, LGBT”<sup>11</sup>.

Sem dúvida, lembra o sociólogo, “quanto maior o consenso entre as elites civis-militares sobre o funcionamento da ditadura, maior o grau de continuidade autoritária no funcionamento da democracia”<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> SCHWARCZ, Lilia M. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. ALONSO, Angela. *Ideias em movimento: a geração de 1870 na crise do Brasil Império*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

<sup>10</sup> A Lei do Ventre Livre é de 28 de setembro de 1871. O inquérito policial foi instituído pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 e entrou em vigor em 28 de novembro de 1871.

<sup>11</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Obra citada*, p. 13.

<sup>12</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. “Prefácio à obra de Anthony W. Pereira”, *Ditadura e repressão: obra citada*, p. 14.



Releva citar que depois de 1990 o Brasil conheceu invulgar incremento de leis penais, que ampliaram de maneira significativa o tempo de encarceramento das pessoas, dificultaram o acesso à liberdade e definiram variadas modalidades de delitos, acentuando a presença do poder penal nos mais diversos setores da sociedade<sup>13</sup>.

No mesmo período os grandes centros urbanos viram surgir o fenômeno das milícias, que atuam violentamente em busca do domínio territorial e econômico de áreas periféricas.

É neste contexto que se deve indagar sobre o estado espiritual da ciência penal brasileira no momento.

### **3. O estado espiritual da ciência penal brasileira no momento**

Volto a tomar por empréstimo, de Bernd Schünemann, o nome fantasia de minha comunicação: o estado espiritual da ciência penal brasileira<sup>14</sup> para falar de violência e controle social.

E o faço a partir do Relatório sobre Execuções Sumárias no Brasil (1997-2003), elaborado pela ONG Justiça Global.

Reproduzo:

“O Relatório sobre Execuções Sumárias no Brasil (1997-2003), elaborado pelo Centro de Justiça Global e Núcleo de Estudos Negros (NEN), aponta que episódios internacionalmente conhecidos, como Eldorado dos Carajás, Candelária, Carandiru, Corumbiara e Favela Naval são expressões máximas de uma sistemática de extermínio e opressão perpetrada diariamente, direta ou indiretamente, por agentes do Estado em praticamente todo o território nacional”.

<sup>13</sup> A Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) é somente o exemplo mais vistoso dessas práticas.

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

Prossegue o relatório acrescentando que, relativamente ao período investigado (1997 – 2003), 349 execuções foram detectadas e “seguem padrão de extermínio e impunidade garantida a quem tortura, fere e mata”.

O peso da violência letal, de que me valho como sinal da tensão social e da concorrência de políticas públicas de segurança e práticas de controle social clandestinas ou semiclandestinas, pode ser medido pela pesquisa do sociólogo Inácio Cano, datada de 2001, e que está retratada na interessante obra *Homicídios no Brasil, 2007*, coordenada por Marcus Vinicius Gonçalves da Cruz e Eduardo Cerqueira Batitucci (FGV).

A estimativa de homicídios para o Estado do Rio de Janeiro para o ano de 2002, “baseada em certidões de óbito processadas pelo Ministério da Saúde, é de 8.930 vítimas residentes no estado”, em uma proporção, segundo o sociólogo, de 60 homicídios para cada 100 mil habitantes (p. 57), com 84% do total registrados na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Obs. As vítimas majoritariamente são homens jovens e negros ou pardos.

Estes dados estão inseridos em um contexto temporal colhido em cheio pela explosão do encarceramento.

A também socióloga Julita Lemgruber, em conjunto com pesquisadores da Associação pela Reforma Prisional (ARP), em trabalho financiado pela *Open Society Foundations*, em 2011, destacou que em dezembro de 2010 o Brasil ostentava a incrível marca de 496.251 pessoas presas (p. 7), seguindo seus concorrentes diretos – os Estados Unidos, (dois milhões de presos), a China (um milhão e setecentos mil presos) e a Rússia (cerca de oitocentos mil presos).

Trata-se de informações contidas no trabalho cujo título é “Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro”.

No caso brasileiro, a multiplicação do encarceramento pode ser divisada no fato de a população presa praticamente ter triplicado,

entre 1995 e 2009, saltando de 148.760 presos para 473.626 reclusos em 2009.

Isso sem embargo da expansão via *net widening* – p. 8 – cujos riscos denunciei em 2003, em meu *Transação Penal*, consistindo na ampliação da rede de controle do sistema de justiça criminal, que, no que concerne às soluções alternativas à prisão, pulou de 80.364 pessoas em 1995 para 671.068 indivíduos, igualmente em 2009.

#### **4. O sentido da interseção direito penal e política criminal, atualmente, no Brasil.**

Sem dúvida que este quadro indica um aspecto singular do funcionamento do poder penal na América Latina, particularmente no Brasil, a justificar, nas palavras de Lola Aniyar de Castro, o intento de construir um pensamento criminológico próprio de nossa região<sup>15</sup>.

Não se pretende e sequer é possível deixar de considerar as relevantes contribuições do pensamento penal que domina o ambiente global.

Deixar de ponderar, todavia, que as demandas punitivas e o repertório de respostas idealizado em contexto diverso possa, no lugar de resolver problemas, multiplica-los e perpetuar injustiças é algo que cabe à doutrina.

Ambiciona-se aqui interrogar, pois, a doutrina penal em sentido lato, sobre o abandono da perspectiva crítica que frequentou o horizonte acadêmico latino-americano nos anos 80 e 90 do século XX, mas que cedeu a paradigmas teóricos talvez mais sofisticados e, sem dúvida, importantes, todavia ao custo de deslocar o debate sobre o Poder para a periferia da cultura jurídica.

---

<sup>15</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010, p. XIV.

A adoção de um discurso penal bélico no âmbito latino-americano e, particularmente no Brasil, é responsável, segundo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, pela proliferação de cadáveres em nossa região.

Como destaca o professor Argentino, até que ponto devemos desconsiderar o papel do discurso penal como condicionador das condutas que convertem pessoas em cadáveres? As palavras matam, adverte ZAFFARONI.<sup>16</sup>

Não é ocioso reconhecer que entre nós a mudança de ótica na abordagem dos fenômenos jurídicos em geral coincide com a expansão do neoliberalismo e o apogeu – quiçá efêmero – de uma globalização de regozijo, como a definiu Boaventura de Souza Santos<sup>17</sup>, influenciando as novas gerações de licenciados em Direito.

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE em meados dos anos 90 sublinhava o descompasso entre teóricos críticos - e também os práticos militantes das políticas emancipatórias via direito – e o mundo da vida nua, sob a perspectiva de ZIGMUNT BAUMAN.

Clèmerton advertia que “o jurista crítico era, fora da academia, um não profissional, na medida em que não advogava, não transitava no foro, não atuava como operador jurídico”<sup>18</sup>.

Ao revés, este jurista acreditava exclusivamente na política “e na mudança do direito pela política”. A eclosão da crítica jurídica no Brasil coincidiu com a emergência de demandas individualistas próprias do neoliberalismo.

Em um ambiente dominado pela ideologia do individualismo possessivo, da competição pessoal no lugar da ação concertada em direção à transformação social, mesmo os inegáveis avanços

---

<sup>16</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – *La palabra de los muertos* – Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 8.

<sup>17</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*, 6ª ed. São Paulo, Cortez, 2007, p. 20.

<sup>18</sup> CLÈVE, Clèmerton Merlin. “Para uma dogmática constitucional emancipatória”, in: *Para uma dogmática constitucional emancipatória*, Belo Horizonte, FORUM, 2012, p. 36.

do constitucionalismo periférico e semiperiférico, na busca pela constituição de um Estado de Direito no Brasil, haveriam de esbarrar no fortalecimento da ideologia repressiva, quase monopolista<sup>19</sup>.

A realidade viu surgir uma política criminal ancorada na ação intensiva das corporações midiáticas, verdadeiras condicionantes da aplicação das garantias penais e processuais, que ao nível do discurso estão asseguradas em pactos e tratados internacionais sobre direitos humanos.

O profissional da área jurídica formado no clima repressivo imperante e desafiado a sobreviver na selva-mercado com os conhecimentos adquiridos em sua formação acadêmica foi levado a optar por se posicionar diante das questões mais delicadas da área penal ao lado do Poder.

Em outras palavras, em geral o profissional do direito constituído neste período contentava-se com uma “grande teoria” liberal do direito penal, para fins retóricos, mas raramente se viu incentivado a aplicá-la, com todas as suas consequências e isso basicamente por dois motivos:

- a) o refluxo crítico viabilizou a onda conservadora em que a expressão de ordem, belicosamente difundida, era o “combate ao crime”. Portanto, discursos abolicionistas ou minimalistas, em termos de direito penal, careciam de poder de sedução. A sociedade rumava em direção a posturas mais autoritárias em matéria penal e os profissionais da área jurídica integram a sociedade e reproduzem em seu ambiente as certezas do senso comum acerca do “controle da criminalidade”;
- b) as teorias críticas, especialmente no campo da criminologia, foram relegadas ao ostracismo no território dos debates teóricos sobre o direito. Estar “na moda”, em semelhante

---

<sup>19</sup> WACQUANT, Lïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

situação, implicava esgrimir conhecimentos que não se permitiam indagar diretamente sobre o exercício concreto do poder punitivo.

WINFRIED HASSEMER ressalta, com razão, que a ruptura paradigmática de fato é algo raro no *campo jurídico*. Alerta o penalista alemão para a observação de Thomas Kuhn, no sentido de que “as ciências superam os seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação que pela via do esquecimento”<sup>20</sup>.

A projeção de tal estado de coisas mede-se pela implicação da jurisprudência no labor de constituição do direito penal.

Nas palavras de JUAREZ TAVARES a jurisprudência tornou-se a única fonte de elaboração do direito. Acentua o penalista, em um trecho que, apesar de longo, justifica a transcrição<sup>21</sup>:

“Sempre houve uma preocupação doutrinária no direito penal de buscar uma racionalização para seus institutos. Muitas foram as propostas dessa racionalização. Podemos recordar algumas: o esquema positivista baseado na causalidade e na ação instrumental, a adoção do método como forma de criação do objeto no neokantismo da Escola de Baden, a pretensão...o ontológica do finalismo, com suas categorias lógico-objetivas, a sedimentação organizacional do funcionalismo e seus critérios de utilidade, a postura estratégica do sociologismo weberiano, as contribuições da filosofia analítica em torno das aparências da linguagem e dos atos de fala e a substância de uma teoria comunicativa como forma de exercício de um critério de verdade com base na pretensão de validade e no consenso. Embora cada uma dessas concepções possa padecer de defeitos, contradições

<sup>20</sup> HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 31.

<sup>21</sup> <http://naopassarao.blogspot.com.br/2012/07/de-volta-relacao-entre-doutrina-e.html?spref=fb> Consultado em 01 de novembro de 2012.

ou controvérsias, têm todas elas uma grande qualidade: elevar a doutrina penal a um determinado nível científico, capaz de servir de apoio à compreensão de todos os cidadãos e, principalmente, da jurisprudência. Lamentavelmente, porém, o que vemos, hoje, no direito brasileiro (também no direito de outros países, mas fundamentalmente no brasileiro) é um retrocesso incomensurável: em vez de a doutrina influenciar a jurisprudência para dar às decisões judiciais um mínimo de racionalidade, faz-se da jurisprudência o compêndio da doutrina. Quando a jurisprudência se torna a única fonte de elaboração do direito, pode-se dizer que o direito está destruído.

Em âmbito processual penal questões atinentes ao regime jurídico da prova ilícita, a definição do estatuto jurídico dos sujeitos processuais, a reorientação estrutural dos procedimentos penais conforme o modelo acusatório de processo igualmente cederão às decisões dos tribunais de compreender e postular um tipo de processo conforme “as tradições brasileiras”: isto é, um “processo” de estrutura inquisitória.

O peso da jurisprudência correspondeu à fragilidade da doutrina.

A crise do direito penal brasileiro, que viabiliza as permanências autoritárias, é principalmente uma “crise” de base e para ela concorrem, é necessário dizer, a extraordinária e descontrolada expansão das Faculdades de Direito nos anos 90, com a produção em série, massivamente, de novos profissionais formados não por estudiosos do direito, teóricos, mas por uma nova modalidade de professores: os neoglosadores, com em uma oportunidade NILO BATISTA os designou.

Natural, pois, que a alienação das questões do Poder na “arena política do direito” cobrasse seu preço: temas gratos ao constitucionalismo contemporâneo, relativamente às garantias individuais no âmbito do processo penal, são alvo de abordagens bastante super-

ficiais e nisso a doutrina e a jurisprudência pecam e não podem se acusar reciprocamente, invocando para si o papel de “inocente”.

Um dos exemplos em que domínio do senso comum teórico deixa doutrina e jurisprudência à margem da realidade – da vida nua – com a conseqüente desproteção de direitos individuais, que sucumbem ao discurso do medo, se verifica na ausência de controle sobre a execução das técnicas de interceptação telefônica e ambiental e a aparente irrelevância jurídico-constitucional daquilo que é decisivo quando as agências de controle repressivo apelam às citadas medidas de obtenção de meios de prova.

Ao longo das décadas 70/90 do século XX, ALESSANDRO BARATTA postulou a superação da criminologia de corte liberal por um novo modelo integrado de ciência jurídica<sup>22</sup> que desse conta do próprio sistema penal como objeto da criminologia.

Investigar o sistema penal tomando em consideração as experiências concretas de seleção, marginalização e encarceramento de cada vez mais numerosos setores da população excluída, por um lado, e buscar entender a emergência de um saber questionador a partir de dados empíricos capazes de revelar o ponto de vista deste outro “excluído, invisível, excedente ou indesejável”, por outro, foram em algum momento as contribuições da América Latina em torno de uma alternativa teórica estimulante de práticas penais transformadoras.

BARATTA propôs:

a) pesar a densidade das desigualdades na sociedade tardo-capitalista em termos de projeção incriminadora;

b) levar em conta o ponto de vista dos interesses das classes vulneráveis na definição dos marcos de incriminação e encarceramento;

---

<sup>22</sup> A título de exemplo das posições de BARATTA, “La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 29, ano 8, janeiro-março de 2000, São Paulo, RT, p. 27-52.



c) e, ainda, alertou para o risco do panpenalismo, resultante de um emprego massivo de “meios alternativos”.

O diálogo multidisciplinar, característico das diversas teorias críticas continua sendo fundamental para a dogmática penal europeia e latino-americana.

A interlocução e interação com o pensamento original produzido na América Latina por NILO BATISTA, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ TAVARES, EUGENIO RAUL ZAFFARONI, LOLA ANIYAR DE CASTRO, SALO DE CARVALHO, entre outros, tem sido decisivo para demarcar o território teórico das ciências penais.

O fato de vivermos em uma democracia política exige é claro o respeito a lei, mas também requisita a denúncia da presença e atualidade de elementos autoritários, mesmo em regimes democráticos, a contaminar de modo negativo a legitimidade invocada pelo Direito Penal e, conseqüentemente, o próprio Sistema Penal.

Por fim, vale registrar que em algum momento ao fim dos anos 90, a reação das agências punitivas ao debate proporcionado pela teoria do garantismo penal, no Brasil marginalizou as teorias críticas de viés criminológico.

Também o advento de novos paradigmas epistemológicos no campo jurídico silenciou o pensamento crítico, que em vários momentos foi desqualificado como pseudoteoria, de cunho exclusivamente sociológico, ultrapassadas expressões de uma filosofia da consciência, o que de fato elas nunca foram.

A perda maior provocada pelo isolamento e ostracismo das criminologias críticas pode ser aferida pela expansão do encarceramento em condições indignas, permanentemente denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem que isso reflita em mudanças concretas nas políticas de segurança pública, na América Latina – apesar da farta jurisprudência da Corte – e por um avanço sobre os direitos fundamentais, no exercício concreto da persecução penal, chancelado pelos tribunais.

Por ironia, talvez, é na esfera penal que a proporcionalidade seja invocada com maior frequência para limitar o exercício de direitos e garantias individuais dos imputados.

Encerro recordando as palavras de PINHEIRO:

“Sem negar o imenso valor da inexistência de julgamentos políticos ou de presos políticos... os pobres e os membros marginalizados da sociedade têm sido sistematicamente alvo de mau tratamento do sistema judicial como um todo (Judiciário, polícia, prisões) pelo uso ilegal e arbitrário da força, em flagrantes violações dos direitos humanos, como na ‘legalidade autoritária’”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> PINHEIRO, Paulo Sergio. “Prefácio à obra de Anthony W. Pereira”, *Ditadura e repressão, obra citada* 2010, p. 13.