

Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia

Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra

Resumo: O artigo buscou realizar uma leitura da proposta de importação da barganha para o processo penal brasileiro sob a ótica do binômio inquisitorialismo/eficientismo versus efetiva garantia de direitos fundamentais. Primeiro, analisaram-se questões formais da proposta de alteração legislativa, para, logo em seguida, examinar a realidade crua do Sistema de Justiça e qual o papel do juiz diante de um instituto como o do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: Barganha. Inquisitorialismo. Eficientismo. Garantia de Direitos Fundamentais.

Abstract: The article aims to interpret the import proposal for the Brazilian penal process from the perspective of the binomial inquisitorialism/efficientism versus effective guarantee of fundamental rights. First, we analyse the formal questions of the proposal for legislative amendment to, therefore, contrast to the atrocious reality of the judicial system and the judge's role before an institute as the non-persecution agreement.

Keywords: Bargain. Inquisitorialism. Efficiency. Guarantee of Fundamental Rights.

1 Introdução

O modelo de Justiça Criminal Negocial tem promovido mudanças na interpretação de postulados que, até recentemente, eram intocáveis no Direito e no processo penal brasileiro; por exemplo, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, o direito ao silêncio, o contraditório, a presunção de inocência etc. A popularização de institutos como o da colaboração premiada, indica que esse modelo veio para ficar. Neste momento, aparece no cenário político o Projeto Anticrime do governo recém-eleito, com o objetivo de trazer para dentro do Sistema de Justiça a técnica da barganha.⁽¹⁾

Já se passaram anos desde a entrada em vigor da Lei 12.850/2013; e a instrumentalização do *Plea bargain* ainda suscita debates acalorados no meio acadêmico e no próprio cotidiano forense, dada a potencialidade desse tipo de procedimento para a violação de direitos fundamentais. Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário entra em profunda evidência, uma vez que, enquanto titular da jurisdição, é capaz de conter a violência estatal ou de flexibilizar garantias em prol da eficiência punitiva.

Neste ensaio, o objeto de análise voltou-se para a relação entre o acordo de não persecução penal e a atuação dos magistrados, ou seja, o problema de pesquisa consiste em saber qual deve ser a postura do juiz diante do acordo de não persecução penal, caso aprovado pelo Congresso o trecho do Pacote Anticrime que trata desse instituto.

Primeiro, apresentam-se os aspectos formais da proposta de alteração legislativa contida no Projeto Anticrime, na parte que trata da institucionalização da barganha. Logo em seguida, trata-se do mérito da questão, a partir de um olhar panorâmico sobre o atual cenário do controle punitivo no Brasil, buscando discutir o tema da atuação do magistrado diante do procedimento de barganha.

O objetivo deste trabalho é analisar o *Plea bargain* desde um outro ângulo, para mostrar a profunda diferença que existe entre a realidade nua do sistema penal brasileiro e os discursos burocráticos que insistem em negligenciar essa realidade, de modo a situar o juiz como sujeito responsável pela limitação da violência institucional. Ademais, o trabalho parte de um enfoque qualitativo, na medida em que procura realizar a compreensão e não a quantificação das variáveis de pesquisa, utilizando-se de referenciais bibliográficos para o exercício dessa compreensão.

2 O Projeto Anticrime do governo Bolsonaro e o acordo de não persecução penal: o futuro do sistema de justiça criminal?

Com a eleição da nova direita em 2018 e a indicação de um dos principais nomes da Operação Lava-Jato para a pasta do Ministério da Justiça e Segurança Pública, já era esperado que uma das pautas centrais da Presidência da República seria o combate à corrupção e ao crime organizado. Agora, o Projeto Anticrime⁽²⁾ apresentado pelo Ministro Sérgio Moro dá concretude à visão política encampada pelo governo Bolsonaro.

Tal projeto propõe alterações em quatorze leis, como Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Código Eleitoral, entre outras. Contudo, uma das propostas mais sensíveis está na forma de operacionalização do Sistema de Justiça, com a previsão de introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal (CPP).

De acordo com o projeto, será acrescentado um artigo 28-A no CPP, o qual estabelece as linhas gerais do acordo de não persecução penal. O *caput* desse artigo traz os requisitos objetivos para a realização da barganha, isto é, não estar o Ministério Público diante de uma hipótese de arquivamento, bem como, que o investigado tenha confessado a prática da infração penal (BRASIL, 2019).

Ademais, as circunstâncias do caso não podem envolver o cometimento de crimes com violência ou grave ameaça; e a pena máxima cominada ao tipo deve ser inferior a quatro anos. Para o acusado fazer jus ao acordo, devem ser cumpridos, isolada ou cumulativamente, requisitos como reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; renunciar voluntariamente a bens e direitos que sejam produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima; pagar prestação pecuniária; e, por fim, cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 2019). É justamente através deste último requisito que se abre a possibilidade de o *Parquet* negociar a prisão do indivíduo.

Os parágrafos seguintes tratam, respectivamente, dos critérios para aferição da pena mínima, sendo consideradas para tal as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto, assim como constam as hipóteses em que não será admitida a proposta de barganha (BRASIL, 2019).

Em síntese, entre os parágrafos 4º e 14º constam disposições relativas à necessidade de respeito à voluntariedade e legalidade para a formalização do acordo, o procedimento de homologação deste, a forma como tal acordo será executado e as consequências decorrentes do descumprimento de quaisquer das condições estipuladas na barganha. Ressalte-se que tais disposições se assemelham às da Lei de Organizações Criminosas. Assim, percebe-se a profunda conexão que há entre o instituto da colaboração premiada e o acordo de não persecução penal. Barganha e a delação representam faces da mesma moeda, isto é, espécies do gênero Justiça Criminal Negocial (**GIACOMOLLI; VASCONCELLOS**, 2015).

A segunda alteração proposta pelo Projeto Anticrime é o acréscimo de um artigo 395-A no CPP. O caput prevê que, após a celebração do acordo, as partes poderão requerer imediatamente a aplicação da pena. Já o §1º estabelece os requisitos do acordo, tais como: a confissão; que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e de acordo com as circunstâncias do caso penal; por fim, a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

Como o artigo 28-A, o novo 395-A também possui um extenso rol de parágrafos, mais precisamente onze. Eles envolvem, em suma, questões relativas à formalização do procedimento de barganha. Vale ressaltar, porém, um ponto muito importante contido no dispositivo 395-A, qual seja, o §5º, que determina que “se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor” (BRASIL, 2019, n.p.). Esse parágrafo deixa claro que tais medidas estão, de fato, comprometidas com uma política criminal de recorte inquisitorial e efficientista, ou seja, o encarceramento se apresenta, cada vez mais, como uma realidade quase que imediata aos sujeitos selecionados pelo poder punitivo.

A questão principal, no entanto, é realizar a leitura dessa técnica de repressão penal dentro da realidade concreta em que está imerso o poder punitivo no Brasil. Somente essa realidade é que poderá mostrar a pertinência ou não de tão significativa mudança no modo de fazer Justiça neste país.

3 A barganha e o cotidiano judicial: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia

A crescente busca por eficiência na repressão penal tem apagado as linhas que demarcam o clássico sistema adversarial de modelos consensuais de Justiça Penal. Essa busca, segundo o discurso oficial, impõe-se diante da quantidade de demandas criminais que lotam o Poder Judiciário,⁽³⁾ bem como da necessidade de promover uma resposta eficiente aos elevados índices de criminalidade.

Resta saber: se aprovada a parte do Pacote Anticrime que versa sobre a barganha, qual deve ser a postura do juiz frente ao acordo de não persecução penal? A resposta exige um raciocínio que está além de uma concepção tecnocrática, não se tratando apenas de uma questão de mera aplicação da lei. Pelo contrário, a resposta está desenhada na contradição entre proteção radical de direitos fundamentais, seja por meio do minimalismo garantista ou do minimalismo abolicionista, *versus* os projetos inquisitórios e efficientistas de controle punitivo.

O inquisitorialismo, enraizado no dia a dia do Poder Judiciário, é

a materialização do aforismo maquiavélico de que “os fins justificam os meios”. Para Jacinto Coutinho (2018), - além da gestão da prova - o sistema processual inquisitório se diferencia do acusatório, na medida em que nele há a possibilidade de o juiz decidir primeiro e só depois sair a procura da prova necessária ou suficiente para a condenação ou absolvição do réu.⁽⁴⁾

Nesse contexto, em que o magistrado é senhor da gestão da prova, ele pode manipular o processo conforme suas próprias convicções. São, portanto, suas pulsões e percepções sobre temas como segurança pública, direitos humanos, controle punitivo *etc.*, que determinam quais hipóteses serão assumidas como verdadeiras, sobrepondo-se até mesmo aos fatos ou ao conjunto objetivo de garantias legais e constitucionais. Daí que “o resultado depende tão só de encontrar elementos discursivos hábeis a justificar a decisão o que, com frequência, transmuta-se em retórica fácil” (**COUTINHO**, 2018, p. 117).

É essa mentalidade inquisitória, umbilicalmente ligada às doutrinas efficientistas, de lei e ordem e à outras tantas formas de punitivismo, que empurra o Sistema de Justiça Criminal brasileiro para o caos. Vejam-se os números divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁽⁵⁾ no ano de 2018: foram contabilizadas 729.463 pessoas presas até 2016, sendo que 689.947 estão no sistema prisional e mais de 39 mil indivíduos sob a custódia das Polícias. Contudo, só existem 367.217 vagas em todos os presídios nacionais, enquanto as prisões recebem mais que o dobro de pessoas do que a sua capacidade permite. Não é só isso; o financiamento da política de segurança custou aos cofres públicos, apenas em 2017, 84,7 bilhões de reais, o equivalente a 1,3% do produto interno bruto brasileiro; porém, não consegue reduzir as taxas de encarceramento ou as taxas absolutas de violência individual e institucional.

Note-se que os discursos punitivistas desconsideram esses dados e, por negligenciá-los, legitimam-nos, junto com todos os custos sociais que advêm desse modelo brutal de política de segurança. Tais discursos se erguem sob premissas que omitem a conjuntura atual do cárcere, do Direito e do processo penal. Aqueles que defendem o punitivismo, quando observam a profunda crise de legitimidade em que está imersa a pena, o direito e o processo, fazem-no apenas para dizer que essa crise é de eficiência e não de atuação, de modo que se o controle punitivo não funciona é porque ele não é suficientemente repressivo (**ANDRADE**, 2006).

A consequência dessa perspectiva é a constante reclamação, que vai desde a mídia até as instituições, pelo endurecimento das penas, criminalização de mais condutas e enfraquecimento das políticas de direitos humanos. O cárcere deixa de ser *ultima* para se tornar *prima ratio* (**CIRINO DOS SANTOS**, 2018).

A barganha abraça completamente essa lógica⁽⁶⁾ e despreza o fato de que o poder punitivo age de maneira seletiva. Para vencer a criminalidade, o Projeto Anticrime aceita a hipertrofia do Estado de polícia sem fazer o devido questionamento acerca das consequências que a adoção desse tipo de política pública possa gerar na ponta do Sistema de Justiça, em que está a criminalidade de massa, formada pelo exército de homens negros, pobres e jovens, que por vezes não têm recursos para o acesso a um patrocínio jurídico digno, combativo e qualificado (**FREITAS; MANDARINO; ROSA**, 2017). É esse exército que compõe a clientela preferencial das agências de criminalização (secundária e terciária). As alterações propostas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública investem, portanto,

na reproposição de um projeto técnico-corretivo sabidamente fracassado, a prisão (FOUCAULT, 2015, p. 224).

As filosofias minimalistas, contudo, partem do mesmo local de análise, qual seja, o consenso sociológico acerca do cenário atual do sistema penal no Brasil e no mundo, de onde é possível perceber a “eficácia invertida” desse sistema, em razão da contradição entre as suas funções declaradas e suas funções latentes (ANDRADE, 2006, p. 171). Esse retrato não é ignorado pelo minimalismo, antes é incorporado a essa perspectiva como exemplo a não ser seguido, eis que a partir desse contexto são pensadas políticas alinhadas aos direitos humanos para reduzir os danos decorrentes da operacionalidade das agências de criminalização (ZAFFARONI, 1993).

Destarte, “a função do Direito Penal [...] deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de Direito perecerá” (ZAFFARONI, 2016, p.172). Daí a necessidade de o juiz compreender seu papel dentro do mecanismo de Justiça Criminal enquanto garantidor de direitos fundamentais, como instituição democrática contramajoritária, vinculada à legalidade substancial e apta a conter a violência institucional (FERRAJOLI, 2010).

Uma postura radical de proteção dos direitos humanos impõe ao juiz analisar o acordo de não persecução penal sob a ótica dos dados empíricos e proposições jurídicas voltadas para a diminuição da punitividade. Em eventuais acordos que busquem a prisão imediata, o magistrado deve considerar que o encarceramento é o momento de maior vulnerabilidade do acusado; ele inviabiliza ao sujeito manifestar uma vontade livre. Se, por um lado, a prisão possui previsão normativa legítima, concretamente, a execução penal nos presídios brasileiros está eivada de inconstitucionalidade (CARVALHO, 2015). Daí porque o Supremo Tribunal Federal, em 2015, decidiu por caracterizar “o sistema penitenciário nacional [...] como ‘estado de coisas inconstitucional’” (BRASIL, 2015, p.3).

A aposta em um modelo americanizado de *Plea bargain* cobra um preço alto. O ambiente prisional, por ser marcadamente violento e insalubre, estimula novos modos de relacionamento e sociabilidade. Vale lembrar inclusive que as interações humanas estabelecidas no âmbito do cárcere têm servido, frequentemente, como mão de obra para as facções criminosas que o próprio Projeto Anticrime visa enfrentar (FELTRAN, 2010, p. 69).

A tentativa de implementação da barganha no processo penal brasileiro vai na contramão de projetos engajados com a redução do poder punitivo, pois negligencia soluções como a descriminalização, a despenalização e a descarcerização, compreendidas como vitais para a realização de um programa tático dirigido à diminuição do autoritarismo estatal, bem como um projeto político de construção de uma sociedade mais pacífica e mais segura (ALMEIDA JÚNIOR, 2011, p. 135).

Considerações finais

A realidade crua do Sistema de Justiça Criminal mostra, todos os dias, que existe uma desconexão entre aquilo que o poder punitivo promete e aquilo que efetivamente ele cumpre. A Constituição Federal de 1988 buscou, através de um complexo de garantias jurídicas, blindar o indivíduo contra as práticas penais e processuais irracionais e inquisitórias. Desde a promulgação do novo texto constitucional, a dogmática tem se esforçado para

construir um conjunto de limites e vínculos à aplicação da pena, dado o seu caráter aflitivo e violento.

Agora, o Ministério da Justiça e Segurança Pública do governo recém-eleito propõe uma significativa alteração do processo penal, com o objetivo de ampliar o espectro de projeção da punição, por meio da institucionalização da barganha. É fato que o sistema de Justiça Brasileiro se mostra incapaz de recepcionar tamanha ampliação; não há mais espaço para o encarceramento de seres humanos. Daí que é preciso uma reflexão séria sobre a necessidade de, ao invés de expandir, contrair o poder punitivo.

Destarte, diante das ondas inquisitórias, cabe aos juízes apoiarem-se na força normativa da Constituição para construírem projetos político-criminais de minimização do poder punitivo e maximização da paz social. Não há outro caminho senão a proteção radical de direitos humanos fundamentais.

Referências

- ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. *A política criminal alternativa: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina*. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, v. 52, p. 163-182, jul. 2006.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de Lei Anticrime*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mj-sp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>>. Acesso: 20 fev. 2019. 20:45:50.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/Distrito Federal*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 09/09/2015. Processo Eletrônico DJe-031, divulgado 19-02-2016, publicado 19-02-2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 19fev. 2019.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- COUTINHO, Jacinto N. de M. Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate à corrupção no Brasil. In: COUTINHO, Jacinto N. de M.; PAULA, Leonardo C. de; SILVEIRA, Marco A. N. da. (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.
- FELTRAN, Gabriel de Santis. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, v. 23, p. 59-73, jan.-abr. 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2014.
- FREITAS, M. H. D. A.; MANDARINO, R.P; ROSA, L. Garantismo penal para quem? O discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela criminologia. *Revista Sequência*, v. 75, p. 129-156, abr. 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, p. 1108-1134, set.-dez. 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Rinasca del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 4ª reimpressão, outubro de 2016.

Notas

- (1) Segundo Giacomolli e Vasconcellos (2015, p. 1111), o termo barganha pertence ao universo da Justiça Penal Negocial. Esse modelo de sistema criminal, enraizado em pressupostos mercadológicos de otimização da eficiência e redução de custos, engloba mecanismos como o da colaboração premiada, transação penal e o próprio acordo de não persecução penal. O modelo de negociação baseado no formato norte-americano de *Plea bargain* apresenta-se sob a feição de uma inclinação contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a atividade persecutória.

- (2) O Projeto de Lei Anticrime ainda não possui numeração oficial mas já foi apresentado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/19/bolsonaro-assina-pacote-anticrime-que-sera-enviado-ao-congresso-nacional.ghtml>>. Acesso: 20 fev. 2019. 15:33:50.
- (3) De fato, o Sistema de Justiça está sobrecarregado de processos. Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que, apenas em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais, sendo que 1,7 milhão (61,6%) estão no 1º grau, 357,5 mil (13,1%) em execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) em tumas recursais, 576 mil (21,1%) em 2º grau e 95,6 mil (3,5%) em Tribunais Superiores. A Justiça Estadual continua sendo o segmento com o maior número de litígios, com 69,4% da demanda total. Apesar de em 2017 ter havido uma redução de 5,3% de novos processos criminais em relação a 2016, os casos pendentes ainda equivalem a 2,8 vezes a demanda. Chama atenção o fato de que o sistema carcerário também está superlotado, mas o Estado brasileiro ainda continua investindo em soluções punitivistas, que apostam no aprisionamento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2019.
- (4) Já no processo do sistema acusatório, ao contrário, “retira-se do juiz a iniciativa probatória e, com isso, produz-se um alheamento *a priori* dele do conhecimento referente ao caso penal (e com isso favorecendo que não decida antes das questões estarem satisfatoriamente conhecidas)” (COUTINHO, 2018, p. 118).
- (5) Os dados foram coletados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infografico_2018.pdf>. Acesso em: fev. 2019.
- (6) ZAFFARONI (2016, p. 62), por exemplo, afirma que a barganha é pouco menos do que uma extorsão das instituições de controle penal contra os acusados. Segundo o autor, por causa desse tipo de técnica de repressão penal, o processo acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a verdadeira decisão fica nas mãos do acusador e não do juiz, “devido principalmente a esse fenômeno, estimulou-se uma legislação inquisitória, contendo elementos da Idade Média (espíões, delatores, procedimentos secretos, posições de garantia absurdas etc.), aplicável a nebuloso conjunto de infrações, designadas genericamente como *crime organizado*”.

Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo Barra

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro
Universitário Internacional e Instituto de Criminologia e Política
Criminal (UNINTER/ICPC). Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário do Pará (CESUPA). Advogado.

ORCID: 0000-0003-3333-1140

fernandobcmacedo@gmail.com

Recebido em: 25.02.2019

Aprovado em: 14.03.2019

Versão final: 20.04.2019

Política Criminal Negativa

Raphael Boldt

Resumo: Diante do cenário de crise da justiça criminal, o texto busca oferecer novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social, construídas estrategicamente a partir da perspectiva abolicionista e de uma política criminal negativa.

Palavras-chave: Política Criminal. Direito Penal. Abolicionismo.

Abstract: Faced with the crisis scenario of criminal justice, the text seeks to offer new answers to the democratic and non-violent exercise of social control, strategically built from the abolitionist perspective and from a negative criminal policy.

Keywords: Criminal Policy. Criminal Law. Abolitionism.

Conforme análise realizada em trabalhos anteriores,⁽¹⁾ a pretensão de humanização do sistema penal tem sido objeto de inúmeras discussões, presentes em obras importantes como *Dos delitos e das penas*, de Beccaria,⁽²⁾ e *Direito e razão*, de Ferrajoli.⁽³⁾ Apesar dos avanços obtidos a partir do ideário iluminista e da consequente tentativa de impor limites racionais ao poder punitivo estatal, a realidade de países como o Brasil revela as limitações do discurso humanizador, formulado com base no “*paradigma racionalista das ciências criminais forjado no alvorecer da modernidade*”.⁽⁴⁾ A busca por fundamentos teóricos capazes de relegitimar o sistema penal evidencia uma visão romântica do poder, a permanência do que Salo de Carvalho descreve como “*ilusão do bom poder punitivo*”,⁽⁵⁾ a despeito do aparente objetivo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e minimização das violências arbitrárias provocadas pelo Estado.

A incapacidade de compreender o mundo sem a pena está intimamente ligada à racionalidade penal moderna, tendo em vista que esta fundamenta a punição como uma necessidade, independentemente das transformações experimentadas no plano discursivo desde o período dos reformadores. A afirmação de que a pena deve necessariamente existir (*Strafe muss sein*) sugere a dificuldade de configurar alternativas ao sistema penal e reforça a ideia de que a racionalidade penal moderna constitui um obstáculo epistemológico à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade e de outra estrutura normativa.⁽⁶⁾

A colonização exercida pelo sistema penal sobre a nossa

percepção faz parecer “natural” a estrutura normativa escolhida e obsta, por exemplo, qualquer transformação significativa do atual modelo de gestão de conflitos criminalizados. Cumpre notar que a naturalização do poder punitivo está condicionada à universalização de uma espécie de racionalidade que encontra o sentido e a justificação da punição em sua contribuição para preservar a ordem estatal.

Definida por Scheerer como “*razão punitiva*” (*strafende Vernunft*),⁽⁷⁾ a racionalidade subjacente à justiça criminal moderna permite ofuscar a violência inerente às práticas punitivas e favorece a construção paradoxal das relações entre Direito Penal e direitos humanos, ou seja, ao mesmo tempo em que o recrudescimento penal é compreendido como meio de eliminar a violência (uma das promessas da modernidade) e tutelar os direitos humanos, ele degrada os direitos que deveria afirmar. Esse conflito é supostamente resolvido pela própria racionalidade penal, ao pensar separadamente os conceitos de justiça e humanismo, de forma que para “ser justo” não é necessário “ser humano”.⁽⁸⁾

Apesar de utilizar a razão instrumental como referencial primordial para a razão punitiva, uma análise minuciosa das obras de Scheerer permite concluir que esta espécie de racionalidade possui resquícios teológicos, tratando-se de uma forma de pensar escolástica,⁽⁹⁾ cuja principal pretensão é sedimentar as bases ideológicas do Direito Penal e justificar racionalmente a “fé” no sistema de justiça criminal. Os elementos teológicos que conformam essa racionalidade obscurecem a capacidade de pensar