GARANTISMO EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA PENAL: OS SUSTENTÁCULOS DA PUNIÇÃO E O ENFRENTAMENTO A SUBSISTÊNCIA DO *STATUS QUO* [1]

GUARANTISM IN TIMES OF PENAL EMERGENCY: THE PILLARS OF PUNISHMENT AND THE CHALLENGE TO THE STATUS QUO'S SURVIVAL

Henrique Viana Pereira[2]
Thais Diniz Silva de Carvalho[3]

RESUMO

O presente artigo pretende relatar a dimensão neoliberal do poder punitivo, alinhando a intencional formação da subjetividade do indivíduo à continuidade de uma intervenção penal desviada de seus preceitos basilares. Para isso, discutir-se-á as origens do modelo de política-criminal capitalista globalmente vigente, de modo a correlacionar o fenômeno da emergência penal ao necessário crescimento do mercado, o qual, por sua vez, depende da constância de aparatos de exclusão. Elucida-se, assim, que não há pretensão institucional na diminuição das mazelas sociais, mas, ao contrário, delas dependem para alcançar a permanência dos discursos de ódio. Os institutos principais a serem analisados são, desta feita, o poder disciplinar, o totalitarismo financeiro, a fragilidade das garantias individuais tendo em vista a mácula ao princípio da intervenção mínima e a consequente relativização da liberdade por meio de uma validade meramente formal da norma. Visa-se, portanto, pensar as matrizes do poder punitivo a partir da teoria garantista, delimitando a instituição de um direito penal humano e constitucionalizado como maneira para enfrentar o desvio dogmático hodiernamente suportado por sua norma.

Palavras-chave: Neoliberalismo. Garantismo. Direito Penal Humano.

[1] O presente trabalho, realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001, vincula-se ao projeto de pesquisa do autor e ao grupo de pesquisa credenciado pelo CNPq, "Direito Penal Contemporâneo: em busca da maior proteção com o menor sacrifício à liberdade", coordenado pelo Prof. Dr. Henrique Viana Pereira, da PUC Minas, espelho do grupo de pesquisa disponível em: http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9375778670889099

[2] Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Penal no Programa de Pós-graduação da PUC Minas. Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC Minas e do Centro Universitário Unihorizontes. Advogado criminalista. Sócio no escritório Ariosvaldo Campos Pires Advogados. Coordenador do grupo de pesquisa "Direito Penal Contemporâneo: em busca da maior proteção com o menor sacrifício à liberdade". Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6427310200446177 e-mail: henriquepenal@gmail.com

[3] Mestranda em Direito pela PUC Minas na linha de pesquisa Intervenção Penal e Garantismo. Bolsista CAPES. Pós-graduanda (*lato sensu*) em Direito Penal e Processual Penal. Advogada. Autora de artigos, livros e pesquisadora. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4171661124282915 e-mail: thaisdscarvalho@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to explore the neoliberal dimension of punitive power, aligning the intentional shaping of individual subjectivity with the continuation of penal intervention deviating from its foundational principles. To this end, the origins of the globally prevailing capitalist criminal-policy model will be discussed, correlating the phenomenon of penal emergency with the necessary expansion of the market, which, in turn, relies on the perpetuation of exclusion mechanisms. It is elucidated, therefore, that there is no institutional intent to reduce social ills; on the contrary, these ills are instrumental in sustaining hate-driven discourses. The main concepts analyzed herein include disciplinary power, financial totalitarianism, the fragility of individual guarantees given the erosion of the principle of minimal intervention, and the consequent relativization of liberty through a merely formal validity of norms. The objective is to reflect on the foundations of punitive power through the lens of the guarantor theory, outlining the establishment of a humanized and constitutionalized criminal law as a means to confront the dogmatic deviations currently upheld by its norms.

Keywords: Neoliberalism. Guarantor Theory. Humanized Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende examinar a aplicação do Direito Penal como instrumento de poder normativo, de modo a questionar o seu exercício quando alinhado a um modelo de política-criminal enviesado por perspectivas fundadas na supremacia do capital. De outra sorte, busca-se correlacionar a violência estatal inerente à segregação da liberdade com a ratificação da estratificação social, fazendo com que a criminalidade seja meio intencional para alcançar a manutenção da anomia e a subjetivização do ser delinquente.

Ademais, o artigo alinha-se ao desenvolvimento das pesquisas do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Contemporâneo: em busca da maior proteção com o menor sacrifício à liberdade", vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, e sob a liderança do Professor Doutor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Henrique Viana Pereira, conforme se vê do espelho do Grupo em voga.[4]

Em análise dos pressupostos do estudo, entende-se que a premissa inaugural das prisões modernas dimensionadas entre os séculos XVIII e XIX é, por si só, alinhada à necessidade do desenvolvimento econômico que, à época, foi firmado em atenção aos ideais liberais. Referido movimento, de maneira perspicaz, fez do controle do corpo físico um artifício para ordenar a subjetividade do indivíduo.

[4] Vide espelho do grupo de pesquisa disponível em: http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9375778670889099

Significa dizer, de outro modo, que o cerceamento da liberdade não mais constitui instrumento para a violência física deliberada, tampouco legitima, ao menos em tese, a morte dos indivíduos, mas antes, pretende a utilização do corpo como massa produtiva apta a auxiliar na ascensão e escalonamento do modelo industrial capital.

Ocorre, entretanto, que a sofisticação do poder enquanto disciplina, após assujeitar o ser e identificar sua posição, com vistas a ampliar a efetividade da produção, também designa seus espaços. Pretende-se, melhor dizendo, mecanizar o comportamento humano de maneira hierarquizada, definindo o ser humano de acordo com o lugar que ele ocupa na cadeia de controle social.

Sob essa perspectiva, imperiosa é a reflexão quanto à evolução dos mecanismos utilizados no direito penal e, sobretudo, quais são os encalços hodiernamente sustentados nas raízes liberais que fortalecem o poder contemporâneo do capital. Notadamente, os viesses ainda impregnados conduzem a reverberação de políticas-criminais mais preocupadas com a constância das hierarquias do que com a efetividade do direito fundamental à liberdade.

Nessa toada, conveniente é que se discuta, em um primeiro momento, os meios pelos quais o poder normativo conduz à produção da subjetividade, valendo-se da disciplina outrora descrita para determinar aquilo que é bom ou ruim, útil ou inútil. Quanto a isso, aliás, ressalte-se oportunamente que o ponto fulcral da discussão não é o mercado fabril em si, mas a estrutura de que depende a lógica mercadocentrica e como isso recai em desfavor da massa subalterna.

Por conseguinte, discutir-se-á a prevalência do interesse econômico nas estruturas de punição, de forma tal que o direito fundamental à liberdade se torna passível de flexibilização, sobretudo visando a instauração do ser denominado como inimigo. A criação do inimigo, note-se, é tida como essencial à continuidade do totalitarismo financeiro, eis que o ser enxergado como anomalia é justamente o que é considerado como sendo dispensável à supremacia do mercado.

Em verdadeira sofisticação das estratégias punitivas, então, a expansão penal atua como fenômeno conglobante capaz de robustecer a intervenção penal voltada à manutenção da desvalorização dos direitos humanos do inimigo, promovendo por meio do poder normativo e da disseminação de discursos de insegurança, o enfraquecimento do garantismo e o afastamento ao princípio da intervenção mínima.

A alternativa viável, nesse cenário, diz respeito à implementação do Direito Penal enquanto ferramenta de humanidade. É preciso respeitar a própria prerrogativa de existir para somente a partir de então traçar os pressupostos da punição.

Frise-se que não há, decerto, intenção de se promover a conceituação epistemológica do poder, nem mesmo de debater de modo pormenorizado a formação das categorias e posições sociais a que ele se aplica. Intenta-se, sob outro enfoque, esclarecer como a predominante essência da subserviência seletiva nas políticas-criminais interfere no modelo garantista penal, fazendo com que o direito de punir se preste, reiteradas vezes, à manutenção das coisas como já eram e ainda são, ou, em outras palavras, à subsistência do *status quo*.

2 O PODER NORMATIVO E A CRIAÇÃO DA SUBJETIVIDADE

O poder normativo, isto é, o exercício de domínio por meio da norma, institui no ser humano a produção de subjetividade. É dizer, nesta toada, que o gerenciamento do ser ultrapassa os limites de seu corpo, influenciando a sua percepção sobre o mundo, normalizando a existência e, por fim, validando a relativização dos critérios que o definem enquanto indivíduo capaz de se autodeterminar (Preciado, 2018, p. 75).

Nesse diapasão, Foucault, destrinchando as estratégias da punição, especialmente na obra "Vigiar e Punir", elucidou que o poder como mecanismo de dominação afastou-se do seu caráter soberano, o qual se valia o puro e simples poder negativo sobre o corpo, passando a atuar sob a ótica da disciplina. Nota-se, então, que tendo em vista o momento precursor do sistema capitalista, o crime é visualizado não mais como conduta que atinge o soberano, mas como instrumento apto a configurar transgressão contra as regras de toda uma sociedade (Castro, 2020, p. 87).

Aliás, é em razão do momento vivenciado que Foucault esclareceu que o poder disciplinar, enquanto meio para a politização do corpo, estabelece a dicotomia da vida e a anuência da morte, designando que o poder desocupa a função de fazer morrer, para incorporar em sua organização o apreço pela vida e a permissão da morte. Diz-se, à vista disso, que a estrutura deixa de ser aquela que "faz viver e faz morrer" para aplicar-se a racionalidade fundada no "fazer viver e deixar morrer" (Foucault, 2008).

A referida mudança se dá, na concepção do autor, em virtude da necessidade de produção inerente ao modelo capitalista, de maneira que a vida é necessária para o lucro, sobretudo porque a ascensão do capital requer a regularização do ser em sua capacidade máxima de eficiência (Foucault, 2014, p. 150).

Sem dúvidas, a produtividade se mostrava, nesta toada, como maneira para alcançar a gestão da disciplina, angariando o indivíduo, mantendo-o em sua forma rentável e, ao mesmo

tempo, tornando-o ameno politicamente. Alcançava-se, com uma mesma estratégia, o aumento da economia e a estabilização de comportamentos desviantes.

Nesse sentido, um dos fatores primordiais ao sucesso da estratégia de domínio é a regulação do tempo. Inclusive, é justamente nesse contexto de ascensão do estado burguês que ganha força a conhecida máxima de que "tempo é dinheiro", premissa atribuída a Benjamin Franklin, diplomata, cientista e um dos expoentes do movimento iluminista (Motta; Maciel, 2021, p. 239). A ideia central, portanto, é a de controle do corpo, para aumento do uso de seu tempo em prol da produtividade do mercado industrial.

Nesse diapasão, entrelaçado a função do controle disciplinar, o poder normativo, apto a designar aquele que seria entendido como anormal ou, do outro lado, anormal, esses, por sua vez, inúteis à lógica mercantil liberal. Isto posto, elucida Foucault que a produção da anormalidade por meio da norma se dá em razão de sua dualidade de atuação entre a classificação e a intervenção.

Sobre isso, note-se:

> A norma não é simplesmente um princípio, não é nem mesmo um princípio de inteligibilidade; é um elemento a partir do qual certo exercício do poder se acha fundado e legitimado. Conceito polêmico - diz Canguilhem. Talvez pudéssemos dizer político. Em todo caso – e é a terceira ideia que acho ser importante – a norma traz consigo ao mesmo tempo um princípio de qualificação e um princípio de correção (Foucault, 2010, p. 43).

Em consonância, sob a anuência da norma e o resistente interesse do mercado, desenvolve-se a subjetividade do ser voltada à resiliência da epistemê[5] liberal.

A referida epistemê, em consonância, esclarece Foucault, está inserida na subjetivização do ser humano, ou, em outras palavras, na forma pela qual se constrói o sujeito. Na teoria Foucaultiana, então - principalmente no que diz respeito à formação ao saber e ao poder, a composição do sujeito como tal está necessariamente atrelada aos dispositivos de poder modernos (Cardoso, 2005, p. 344).

A criação da subjetividade, sob esse prisma, faz parte de um processo de subjetivização que parte do singular para criar fenômenos coletivos em massa. É, portanto, parte crucial do desarme da resistência da subjetividade - enquanto meio para a formação dos discursos das epistemês modernas - fazendo com que "[...] toda experiência que concretiza a subjetividade

[5] Foucault explicita que o termo epistemê dizer respeito ao "[...] conjunto das relações que podem unir, em uma dada época, as práticas discursivas que dão lugar a figuras epistemológicas, a ciências, eventualmente a sistemas formalizados; o modo segundo o qual, em cada uma dessas formações discursivas, se situam e se realizam as passagens à epistemologização, à cientificidade, à formalização; a repartição desses limiares que podem coincidir, ser subordinados uns aos outros, ou estar defasados no tempo; as relações laterais que podem existir entre figuras epistemológicas ou ciências, na medida em que se prendam a práticas discursivas vizinhas mas distintas" (Foucault, 2009, p. 214).

envolva modos historicamente peculiares de se fazer a experiência de si" (Foucault, 1984, p. 28).[6]

Assim, uma vez instituída a disciplina por meio da lógica mercadocentrica, sobretudo valendo-se de critérios benéficos à sua expansão, resta designado que a denominação do anormal está intrinsecamente alinhavada à utilidade econômica do indivíduo, performando a dimensão real da penitenciária, como demonstram Melossi e Pavarini:

> Daí a dimensão real da "invenção penitenciária": o "cárcere como máquina" capaz de transformar - depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) - o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico (2014, p. 210).

Em consonância, o cárcere na Sociedade Moderna pós-industrialização, se consolida não mais junto à ideologia de punição cega por simples adequação social, mas, antes, busca "[...] a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica" (Melossi; Pavarini, 2014, p. 211).[7]

Por esta razão, há que se discutir a maneira com a qual a punição, drasticamente modificada por ocasião da revolução industrial, atua hodiernamente nos corpos que a suporta. Quanto a isso, têm-se como parâmetro central da discussão a expansão penal e o totalitarismo financeiro que a envolve.

3 O TOTALITARISMO FINANCEIRO E A MANUTENÇÃO DA FIGURA DO INIMIGO

Verdadeiramente, o mercado e o capital tornaram-se, após a revolução industrial, os grandes pilares da sociedade contemporânea, sobretudo porque a natureza liberal do comércio exige que o centro de sua metodologia seja inteiramente voltado à sua consolidação. Tem-se, por essa razão, uma estruturação de mundo a partir do capital.

[6] A subjetividade, como entendida por Foucault, é um conceito desprendido das ideias de inconsciência traçadas pela psicanálise, mas, antes, se relaciona com o sujeito, simultaneamente, em relação ao tempo e ao seu corpo. Representa, dessa forma, justamente a conexão entre essas partes e a maneira com a qual elas concatenam com o mundo. É, isto posto, parte integrante do corpo e, de igual modo, está acoplada à sua existência cronológica. (Cardoso, 2005, p. 345)

[7] Os autores em voga, na Obra "Cárcere e fábrica- As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)", esclarecem que o modelo penitenciário, apesar de seus intentos iniciais quanto ao crescimento econômico no cárcere, não logrou êxito na efetivação da realidade produtiva em seus ambientes internos, razão pela qual não serviu à produção de mercadorias, mas, de outro modo, prestou-se a estipulação de proletários, o que, portanto, colabora à disciplina do ser como benéfica ao capital. (2014, p. 210-211)

Os conceitos epistemológicos e as razões de existir, passam, portanto, a viger em acordo com o bem-estar do mercado, de modo que aqueles que ousam divergir deste vigoroso sistema, são tidos enquanto ameaça. Cria-se, assim, a ambivalência entre os bons e os ruins, ou, sob outra perspectiva, aqueles que sucumbem à lógica liberal e aqueles que contra ela resistem (Pimentel, 2020, p. 15).

Logo, se a prioridade é a manutenção do sistema, tudo aquilo que com ele não coaduna é, de fato, assustador, devendo, por isso, ser mantido sob controle:

> A lógica da acumulação capitalista exige que a produção da riqueza seja transformada em obtenção de lucro, de maneira constante e contínua. Faz-se necessário alcançar novos mercados, inserir aqueles que não estão incluídos na dinâmica do capital.
> Por isso, indivíduos, associações e regimes políticos que criticam ou se recusam a aceitar o modelo capitalista são considerados ameaças constantes e inimigos, tanto quanto os judeus, muçulmanos e adoradores da natureza medievais o eram em relação ao cristianismo ocidental (Pimentel, 2020, p. 15).

Ocorre, entretanto, que o controle sobre os ditos inimigos é elaborado em conjunto com o exercício do poder punitivo, visto que ao mercado é dada a razão da organização mundial e ao poder punitivo a maneira para que ela continue se fortalecendo. Sob esse escopo, as sociedades modernas abandonaram a lógica outrora mencionada quanto a noção de corpo como potencial econômico à obtenção de lucro, passando a tratar os indivíduos não mais em uma escala de hierarquia de exploração codependente, mas, de outro modo, sustentam a dicotomia entre aquele que deve ser incluído e o que deve ser excluído (Zaffaroni, 2020, p. 45).

No mesmo sentido, como ratifica Aleixo, a polarização tende a se robustecer em função da criação de uma dinâmica distinta da cadeia produtiva do capital:

> [...] A atual polarização da riqueza tende a configurar sociedades nas quais a relação entre explorador e explorado (dialética própria do capitalismo produtivo) não é mais importante. Assim, a punição não visa mais explorar, recair sobre os corpos para torná- los produtivos (explorados). A polarização é prioritariamente entre incluído e excluído (a relação não é dialética, porque o incluído não necessita do excluído) (2021, p. 171).

Esclareça-se, no entanto, que o ponto de partida para a compreensão do fenômeno do totalitarismo financeiro[8], notadamente exercido pela junção e veneração do capitalismo neoliberal e do poder punitivo em esfera global (Aleixo, 2021, p. 170), é entender que sua dinâmica não é exercida de maneira única, modificando-se, inclusive, a partir da população a que é vinculado.

[8] Zaffaroni esclarece que o fenômeno do totalitarismo financeiro envolve a expansão das grandes empresas e seus presidentes, os quais, por sua vez, passaram a governar e organizar os países no lugar da vanguarda política. Nesse sentido, subordinados à pressão da obtenção de lucro contínua, os valores éticos envolvidos nas operações tornam-se completamente irrelevantes, fazendo com que o único fim deliberadamente importante seja o aumento dos ganhos e a manutenção do poder econômico empresarial (2020, p. 29).

Na realidade norte-americana do século XIX, por exemplo, acompanhando a seu modo o crescente movimento de ascensão do capitalismo, verifica-se uma mudança na gênese do problema da criminalidade, fazendo com que a penitenciária fosse também enxergada como meio de controle social. Por isso, aliás, afasta-se a necessidade de punir de meras concepções pessoais e religiosas, alicerçando-a a necessidade de adequação social, ou, em outras palavras, ao intento de controle das camadas economicamente mais frágeis entre a população (Melossi; Pavarini, 2014, p. 213).

No ínterim do surgimento da criminologia enquanto ciência, alinhava-se, portanto, a figura do criminoso à figura do preso, com vista a institucionalizado:

> Nessa perspectiva, já se pode perceber o equívoco sobre o qual se baseará· todo o interesse positivista pelo fenômeno criminal, i.e., a estreita equiparação entre delinqüente e preso. Sobre a identificação acrítica destes dois termos se fundamenta um tipo particular de ideologia cientificista, uma ideologia que confundirá a agressividade e a alienação do "homem institucional" com sita intrínseca perversidade,uma ideologia que classificará e tipificará como modos diversos do ser criminoso tanto as formas de sobrevivência à realidade penitenciária quanto, num segundo momento, as adaptações aos modelos impostos, à violência classificatória sofrida pelos detentos. Mas para que esta "ciência infeliz" conseguisse crescer e se impor como "ciência positiva", como "ciência da sociedade", era necessário que o cárcere moderno, o "cárcere cere panóptico" se mostrasse capaz de se transformar em laboratório, em gabinete científico, onde, após atenta observação do fenômeno, se ousasse. promover o grande experimento: a transformação do homem (Melossi; Pavarini, 2014, p. 214).

Consubstanciado nesse raciocínio, Jakobs, jurista alemão do século XX, cujas ideias emergem em um contexto próximo ao nazismo que imperou durante a 2ª Guerra Mundial e, portanto, por esse movimento influenciado, sustentava uma visão penal que mais se atentasse aos possíveis delitos futuros, distanciando aquele que comete crimes de forma reiterada (criminoso habitual e, logo, perigoso), daquele que tão somente transgrediu o contrato social. Ao primeiro, dar-se-á, neste parâmetro, a nomenclatura de inimigo da sociedade, razão pela qual deverá ser retirado do meio de convívio, ou, em outras palavras, terá seus direitos subtraídos.

A respeito disso, note-se:

> Partindo da premissa de que, em uma sociedade, em princípio, todos os sujeitos se comportarão de acordo com a vigência da norma, sustenta que há delitos que não ameaçam a existência do Estado, ou seja, não danificam a vigência da norma. E, apesar disso, o indivíduo que cometer algum delito ainda será considerado cidadão, sendo instado a reequilibrar a quebra da vigência da norma, mediante o cumprimento de uma pena. Não obstante, nos casos em que "a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa" (Aleixo; Castilho; Mayrink, 2021, p. 56).

É preciso, portanto, retornar às origens e absorver, a priori, que o capitalismo neoliberal como hoje conhecido foi germinado em um espaço geográfico europeu e, justamente por essa

razão, se assemelha aos ideais de seu *habitat* natural, privilegiando uma ótica eurocêntrica de mundo que, frise-se, é deveras distante da realidade na qual se estruturaram os países do hemisfério sul.

Assim, emergindo uma nova concepção de divisão criminal, em continuidade cronológica da evolução das percepções do crime e dos papéis desempenhados pelo sistema penal, no que concerne a diferença entre o desempenho do poder punitivo na mencionada divergência entre hemisfério norte e no Sul, Zaffaroni esclarece que, naquele, ainda se fortifica o exercício de uma punição formal, baseada no que denominou como sendo o "juriscentrismo da criminologia do norte". Quer dizer, neste caminho, que a predileção da punição está assentada nos "estranho às suas sociedades, tais como os extracomunitários e os islâmicos na Europa, e os latinos e negros nos Estados Unidos" (Zaffaroni, 2021, p. 36).

Lado outro, o poder punitivo no hemifério sul se concentra sob a adequação informal, ou seja, ocorrem em um ambiente de subhumanização alimentado pelas baixas condições sanitárias, de maneira que "esse custo anual em vidas e saúde é, definitivamente, a forma que o genocídio assume na nossa região: massacre parcimonioso, mas com uma continuidade inexorável. É o nosso *genocídio por gotejamento em ato* [...]" (Zaffaroni, 2021, p. 38).

O que se vê, nesse sentido, é o poder punitivo do sul apoiado sobretudo nos seguintes fatores:

> [...] autonomização da polícia, execuções sem processo, falsos positivos, tortura, grupos parapoliciais, envolvimentos de exercito, prisões deterioradas como campos de concentração, elevada mortalidade e morbidade prisional, mais de metade dos prisioneiros sem condenação, cultura de assassinos profissionais, crimes de ódio, perseguição de opositores e dissidentes, crianças de rua, prostituição infantil tolerada, acobertamento ao tráfico de pessoas, remoções massivas da população, altas taxas de morte violenta, impunidade de homicídios etc. (Zaffaroni, 2021, p. 38).

Em consonância, para a conservação do poder punitivo informal, é preciso que se mantenha a ilusão da divisão entre vítima e criminoso, valendo-se de condutas delituosas de grande repercussão social para embasar a figura do autor do crime como um monstro demasiadamente violento, estimulando a ideia de que as prisões se prestam à segurança nacional contra indivíduos de alta periculosidade (Zaffaroni, 2021, p. 42).

Com o uso dessa mesma simulação, é imperioso lançar mão do padrão daquele que é visto como inimigo da sociedade. Grosso modo, é preciso manter o estereótipo do criminoso, de sorte que com o auxílio dos agentes policiais, "concentra-se a vigilância sobre indivíduos considerados mais propensos a desrespeitar a lei; [...] de acordo com a ideia que possuem a respeito de quem é o criminoso e no que vivenciam no cotidiano" (Freitas; Mandarino; Rosa, 2017, p. 135).

A propósito, em subtileza a ideia de anormalidade já esclarecida por Foucault - mas que antes condicionava-se a bifurcação entre explorado e explorador -, a sociedade contemporânea mantém no lugar do ofensor monstruoso, via de regra, o indivíduo que, em essência, representa o desprezível, redobrando sua atenção naqueles que se tornaram, como dito, dispensáveis a manutenção do crescimento do capital.

O fenômeno da anormalidade, portanto, não tem ligação indubitável com a conduta, mas com o que aquela pessoa representa, de modo que ainda que ausente arcabouço probatório capaz de individualizar o delito perpetrado, "reconhecê-lo-emos como delinquente" (Freitas; Mandarino; Rosa, 2017, p. 136).

Formam-se, a partir desse padrão básico, discursos de ódio que são essenciais à continuidade do poder marginalizador da punição, notadamente porque o desprezo social se dirige a coletivos, não necessariamente por ato pessoalmente prático, mas em razão da pertença de determinado ser a um nicho que é entendido como indecoroso (Cortina, 2020, p. 39).

Destarte, convenientemente munidos por narrativas estabilizadoras, os responsáveis pela massificação e concretização dos discursos selecionam não "[...] pela sua identidade pessoal, mas por pertencerem a um coletivo, dotado de um traço que produz repulsão e desprezo nos agressores" (Cortina, 2020, p. 40).

Assim sendo, no contexto de uma política criminal capitalista especialmente produzida sob a concepção contratual individualista, "as leis penais têm maior eficácia para a manutenção do poder Estatal e Capital, produzindo com isso o ressalto das linhas divisórias das diferenças de classes" (Zeidan, 2013, p. 203)

Em complemento a essa conjuntura, por conseguinte, é aflorada a idealização da expansão penal guiada pelos discursos de emergência, que, frise-se, devem ser analisados tendo em vista a já elucidada junção necessária - para o desenvolvimento global econômico - entre o poder punitivo e o capitalismo neoliberal. Os problemas da falsa ideia de endurecimento punitivo, contudo, fragilizam princípios basilares da intervenção penal, dentre os quais destaca-se o seu caráter intrinsecamente mínimo.

4 A EXPANSÃO PENAL E A FRAGILIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA À LUZ DO GARANTISMO

Antes de mais, firme-se - ou relembre-se - que a concepção inicial de Direito Penal como parte integrante de um Estado de Direito se deu também a partir do movimento iluminista e a revolução liberal entre os séculos XVIII e XIX. Nesse contexto, sustentado por uma

renúncia ao direito individual fundamentada nos pilares do contrato social, a esfera penal passou a cumprir "uma função estabilizadora das condições do contrato social, sendo o Estado apenas uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos, que o legitimam" (Bechara, 2008, p. 414)

Eis então, o momento em que o crime está diretamente ligado à efetiva lesão provocada ao bem jurídico, de maneira tal que o conceito material de crime passou a se preocupar também com a função basilar do Direito Penal. Esse movimento, como esclarece Bechara, fez surgir uma busca pela resposta ao que seria a verdadeira missão do Direito Penal, o qual, após tentativas positivistas e sociológicas, melhor se explica pela concepção exarada por Claus Roxin:

> É na perspectiva teleológico-funcional, na linha de Claus Roxin, que se chega à concepção de missão do Direito Penal aceita na atualidade, qual seja: a de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, nos quais vem a se concretizar jurídico-penalmente o conceito sociológico fluido da danosidade social. A exigência da intervenção penal exclusivamente para a proteção subsidiária de bens jurídico-penais constitui garantia fundamental, que só é cumprida a partir da determinação do conteúdo do conceito de bem jurídico, a fim de impedir que este sirva de fundamento de proteção a qualquer tipo de interesse ou convicção moral cuja violação não tenha repercussão social negativa relevante (Bechara, 2008, p. 417).

Em outras palavras, resta consolidada a função fragmentada de caráter mínimo do Direito Penal, de modo que seu exercício não poderia mais dar azo a concretização de justiças meramente desenvolvidas sob argumentos ético-morais, mas, ao contrário, deveria se resguardar à repressão de condutas cuja ofensa e dano social sejam expressivos.

Ocorre, todavia, que em verdadeiro retrocesso, ao menos do ponto de vista dogmático penal, nas sociedades contemporâneas, têm ganhado lugar os discursos de emergência, fundamentados sobretudo no populismo punitivo (Sanchez, 2009, p. 19).

A diástase da base de intervenção mínima do Direito Penal, provocou, então, a flexibilização de garantias individuais que, ao menos em tese, deveriam ser tidas como essenciais no Estado Democrático de Direito. Como deslinda Bechara, são "preceitos penais que não surtem efeitos protetivos concretos, mas que, antes, são nitidamente partidários de determinados valores, pretendendo servir à autoafirmação de grupos políticos e ideológicos" (2008, p. 420).

A problemática central, no entanto, não se consubstancia somente na fragilidade dos preceitos angulares do Direito Penal e na consequente crise de sua legitimidade, mas também perpassa o campo da diminuição das próprias teorias penais que, hipoteticamente, deveriam se aplicar tanto na criminalização de condutas, como também na intervenção penal em si.

Pergunta-se, portanto: a quem se estende a suplicada expansão e recrudescimento penal? Do mesmo modo, como se sustenta a teoria garantista em meio a crise de legitimidade do direito penal?

Quanto ao primeiro questionamento, tende-se a compreender que, como fenômeno inexoravelmente alinhado ao totalitarismo financeiro, a emergência penal, sob o pilar do poder punitivo, age promovendo a manutenção de suas políticas de inclusão e exclusão. Mais uma vez, então, alinham-se os pressupostos até aqui delimitados, os quais, em consequência, agem em cadeia usando um sofisticado - e consolidado - esquema de predomínio.

Veja-se que há o exercício de um poder de punir apoiado no desenvolvimento econômico global que, em seu benefício, exerce a punição, ao mesmo tempo em que os indivíduos submetidos à exclusão têm sua subjetividade produzida a partir da pirâmide do capital. O acréscimo contextual acontece, agora, em especial porque os discursos de ódio coletivo atingem a esfera social e, por isso, impregnam no senso comum uma estética - não meramente visual -, que corrobora para a estabilidade do sistema de supressão de direitos e garantias fundamentais.

Em consonância, entender o papel do garantismo no enfrentamento da relativização dos princípios da intervenção penal é, seguramente, meio para se pensar, ainda a longo prazo, o resgate do Direito Penal em sua função essencialmente mínima. É, à vista disso, maneira com a qual é possível compreender os fenômenos socioculturais atuais sem aventurar-se em limbos de respostas ausentes, cujas perguntas, aliás, são sempre reproduzidas.

Note-se que o recrudescimento penal é um fato, bem como as dezenas de críticas a ele direcionadas. Sabe-se, ainda, aqueles que estão mais suscetíveis, sob a ótica do mercado, a enfrentar as garras da intervenção penal. Nenhuma dessas afirmativas, no entanto, pode se manter no campo da reprodução inerte de julgamentos das mazelas sociais.

Propõem, por isso, que a emergência penal e as narrativas que dela decorrem sejam entendidas e defrontadas à luz do garantismo, de modo a concluir que a distorção e a desvalorização do sujeito é a consequência final da inversão que, em um primeiro momento, se dá em desfavor da própria norma penal.

Quanto a isso, em esclarecimento teórico, Ferrajoli, precursor da debatida concepção, dirimiu que o garantismo, a priori, preocupa-se com “se, por que, quando e como punir; por que, quando e como proibir; se, por que, quando e como julgar” (Ferrajoli, 2002, p. 18). As premissas, isto posto, perpassam a própria criação da lei penal, indagando, inclusive, como se deve proibir.

Dessarte, o garantismo possui, precipuamente, três vertentes de compreensão. Inicialmente, é entendido como modelo normativo próprio ao estado de direito baseado na estrita legalidade, razão pela qual o direito penal e a sua intervenção possuem caráter mínimo. Logo, funciona como aparato à potencialização da liberdade e, simultaneamente, limita o *jus puniendi* como forma de demarcar a função do Estado (Ferrajoli, 2002, p. 786).[9]

Em um segundo momento, o garantismo é tido como a expressão da distinção entre o dever e o dever ser, fazendo com que, juridicamente, os referidos conceitos mantenham-se em campos distintos, de modo tal que o valor da validade e o valor da efetividade também sejam dessemelhantes, interpretando-os sob a perspectivas dos modelos garantistas e dos não garantistas (Ferrajoli, 2002, p. 786).

Por fim, o garantismo representa a obrigação estatal do pretexto da punição desatrelado de conceitos morais, figurando, assim, como filosofia política, de maneira tal que incumbe àquele que exerce o poder de punir o esclarecimento em relação à finalidade do ato, sem que para isso se albergue em preceitos externos, agasalhando-se, ao contrário, nos bens jurídicos tutelados pela norma (Ferrajoli, 2002, p. 787).

É importante consignar, entretanto, que o Estado de Direito, consoante a acepção garantista, não se refere somente à imposição de leis e ao cumprimento formal da legalidade, mas, sobretudo, diz respeito à subordinação da legislação aos direitos fundamentais daqueles que por ela são tutelados.

Eis, nessa perspectiva, a diferenciação de validade formal e material, sendo que, nesta última, é indispensável que o conteúdo da lei caminhe em harmonia com a normativa superior, notadamente vislumbrada por meio da Constituição (Ferrajoli, 2002, p. 806).

Nesse sentido, o Direito Penal Constitucional em um Estado democrático de Direito tem por obrigação garantir que a sua intervenção seja constitucionalmente válida, especialmente no que diz respeito à efetivação da dignidade da pessoa humana. Por isso mesmo, a norma jurídica deve zelar por sua vertente axiológica, de modo a ser gerida pela ética da intervenção mínima já que, caso assim não seja, "desconectada que estará do seu substrato fático-social que é a razão de sua gênese" (Ramidoff; Frascati Jr, 2019, p. 344).

Em consequência ao significado consubstancial da validade das normas, é preciso realizar a discriminação entre democracia formal e o alcance real da consolidação das garantias constitucionais:

[9] No mesmo sentido, elabora o autor que: "sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão" (2006, p. 785).

> A democracia não pode mais ser compreendida como um simples método de tomada de decisões pelos cidadãos, diretamente ou por seus representantes ("quem" pode decidir), por meio do sufrágio universal e da maioria ("como" deve ser decidido). A adoção de uma acepção exclusivamente formal de democracia, que estaria restrita à observância dos expedientes legalmente estipulados acerca do "quem" pode e do "como" se deve decidir, apresenta-se insuficiente nos Estados Constitucionais de Direito, uma vez que explicitaria quatro fragilidades que são compreendidas, pela proposta garantista, como inafastáveis (Thibau, 2017, p. 47).

Todo o elucidado, sob o prisma do fenômeno da emergência penal, converge à conclusão de que o referido movimento, em última instância, interfere diretamente na efetividade do garantismo. Designadamente, além de macular a máxima basilar do direito penal enquanto ramo cuja intervenção se dá de forma mínima, tende a extrapolar os limites daquilo que, de fato, deveria ser suficientemente relevante para se tornar um bem jurídico tutelado, ou, de outra forma, se equivoca na instrumentalização da punição, exacerbando drasticamente a sanção imputada.

Nesse ponto, contextualiza-se que o Direito Penal de Emergência, nascido na Itália em meados da década de 70 do século XX, sob o fundamento de refrear as ações terroristas e o crime organizado, buscava por meio da implementação de leis, produzir uma resposta imediata do Estado em relação à temida - e sobremodo disseminada pela mídia – criminalidade (Ferrajoli, 1997, p. 664).

Sob essa premissa, promoveu-se uma significativa reforma nas legislações penais vigentes, ampliando o rol de condutas aptas a ensejar punição, sobretudo estruturada na ambição de transmitir "[...] uma resposta estatal imediatista à então nova criminalidade, na esteira de um apelo social fortemente influenciado pelos meios de comunicação (Bechara, 2008, p. 422).

A inserção do sensacionalismo midiático na "equação" da racionalidade penal atua gerando a sensação de insegurança que, por sua vez, dá azo aos discursos de comoção social e, novamente, relativiza a liberdade, eis que o foco principal passa a ser a retribuição de punição ao agente delituoso, independente de procedimento ou teor probatório de sua autoria (Bechara, 2008, p. 421).

Nesse cenário, o Direito Penal, mergulhado na opinião social e empenhado em dar resposta às notícias promovidas pela mídia, robustece a punição em relação aos crimes já existentes, além de criar outros, aumentando significativamente a gama de bens jurídicos tutelados pela norma. Essa diastrofia, no entanto, provoca uma série de incongruências técnicas que tratam a forma processual e os princípios penais como obstáculos à diminuição da criminalidade:

> Tem-se, então, o Direito Penal do fato transformado em Direito Penal do autor; o processo penal convertido em técnica de inquirição e a execução penal marcada pela imposição de regimes especiais e diferenciados, por meio da lógica amigo/inimigo, encontrada em Carl Schmitt e, mais recentemente, em Günther Jakobs. Assim, verifica-se, nos discursos de emergência, conforme esclarece Luigi Ferrajoli, o primado da razão de Estado (política) sobre a razão jurídica, como critério informador do Direito e do Processo Penal (Bechara, 2008, p. 423).

A grande inconveniência do resgate da referida lógica do amigo/inimigo, todavia, é que além de fragilizar as garantias individuais, faz com que o poder político seja suficiente para macular o âmbito jurídico, retornando à organização do Estado como se dava em épocas pré-modernas. A situação se agrava quando pensado que o estabelecimento do Direito Penal do inimigo se dá em desfavor daquele que não é tido como leal ao sistema, de maneira que a "punição do agente, nesse contexto, dá-se conforme sua periculosidade, a partir da seletividade de um sistema sujeito, inclusive, a critérios político-sociais diversos" (Bechara, 2008, p. 424).

A bem da verdade, a falsa relação entre o aumento da criminalidade e o refreio por meio dos discursos de lei e ordem, se presta a contaminar a credibilidade do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que cria a atmosfera apta a legitimar os discursos da luta contra a impunidade:

> A relação de elevados índices de criminalidade com a percepção da erosão da lei e da ordem parece ser feita pela ideia de impunidade, que transmite à população a ideia de que os mecanismos de efetivação do sistema jurídico não estão funcionando de forma adequada, podendo afetar, em alguma medida, a recepção da mensagem que o ato comunicativo próprio do sistema jurídico – a norma – transmite (Teixeira, 2013, p. 216).

No meio desses conflitos paradigmáticos, vislumbra-se a ligação entre o totalitarismo financeiro outrora elucidado e a agora debatida emergência penal: a expansão da lei penal de maneira disfuncional é, nada mais, senão subterfúgio à permanência do estado de exclusão de uns em detrimento de outros, o que, em todo caso, é avaliado em acordo com os anseios do mercado e, agora, sob significativa influência da mídia.

No mesmo sentido, a propósito, esclarece Bechara que a partir da racionalidade emergencial, a norma penal afastou-se de sua expectativa de controle exercido em igualdade entre os sujeitos, materializando "a hegemonia de interesses de grupos de pressão sobre o Poder Público" (2008, p. 426). Há que se concluir, em razão disso, que a política criminal voltada a ilusória gestão de segurança cria "[...] um sistema jurídico tecnocrático, que visa a destruir as propostas de solução estrutural dos problemas sociais. (2008, 427).

Isto posto, uma vez estando o poder punitivo exercício por meio do Direito Penal contaminado por perspectivas essencialmente neoliberais, as quais, por consequência, tem

ensejado o desvio dogmático da norma, é necessário que se estipule uma racionalidade que pretenda afastar os desprazeres sociais ocasionados pelos fenômenos em estudo. Por essa razão, a humanização da esfera penal sob o crivo constitucional torna-se a maneira normativa de alcançar a efetividade das garantias individuais.

É dizer, dessa forma, que para além dos estudos que concernem as mazelas ocasionadas pelos mecanismos de domínio vigentes, torna-se imperiosa a redenção da própria dogmática-penal, de modo a apartar a impropriedade da norma ora vivenciada.

5 DIREITO PENAL HUMANO? ALTERNATIVAS À SUPERAÇÃO DA RESSUBJETIFICAÇÃO DO INDIVÍDUO COMO DELINQUENTE

Resta consignado que a intervenção penal sob o uso de discursos emergencialistas é, tendo em vista a própria origem das prisões como hoje conhecidas, fadada ao fracasso do ponto de vista da seguridade das garantias individuais. O uso do Direito Penal como maneira para sustentar o totalitarismo financeiro, sem dúvida, auxilia na promoção da comercialização de direitos fundamentais em prol do desenfreado crescimento econômico.

A dialética mercadocentrica, por conseguinte, é a plenitude da aceitação dos desprazeres sociais como dano colateral necessário à consolidação de seus anseios, de modo que a efetividade da intervenção mínima penal não interessa à atual metodologia global. Vê-se, à vista disso, que os grandes vetores governamentais hodiernos não se ocupam na construção de uma racionalidade penal humana.

Indaga-se, apesar disso, qual seria a possibilidade de que a norma, sob à luz do garantismo, não permaneça vazia em seu próprio fundamento, afastando de mostrar-se como mera resposta imediata ao caos instalado pelo emergencialismo penal e os sensacionalismos que dele decorrem. Ou, sob outro ângulo, aventa-se a possibilidade de que a mera validade formal, não faça com que os detentores do poder de punir se esqueçam do dever de zelar não só pelo que ou quem se pune, mas também pela maneira com a qual o poderio sobre a liberdade de terceiro é exercido.

Noutro giro, se a própria existência pressupõe a formação de subjetividade e, nesse caso, crê-se que esta já foi submetida a um processo de subjetivização estabilizadora capaz de categorizar o ser e a sua existência, elenca-se como primacial a ressubjetivização. Trata-se, sobretudo, da promoção do esforço em realizar o caminho de volta.

A existência é, por essência, apartada do estático, o que implica na adequação da concepção inumana ainda em sua vigência. Em outros termos, é preciso regressar, enquanto há

tempo, à ocasião da subjetividade, de modo a oportunizar a construção de uma nova percepção em favor do mesmo indivíduo que suportou o encargo de indivíduo -inimigo - criminoso.

Pensar a estratégia de maneira diversa seria aceitar que aqueles que já foram submetidos à inumanidade do Direito Penal, ainda que permaneçam existentes, figurem como meros exemplares daquilo que se almeja repelir. Convocar a humanidade, é, portanto, desocupar os espaços de violência para criar espaços à aceitação da substância fático-real do ser.

Nessa conjunção, o ponto central da envergadura ora sugerida é estruturado por meio das teorias de Zaffaroni no que tange a imposição e efetividade do denominado Direito Penal Humano, perpassando, em um primeiro momento, o ensaio introdutório do tema produzido e, posteriormente, dissertado por ocasião da publicação da obra Direito Penal Humano e Poder no século XXI.

Para o avanço da compreensão, entretanto, relevante retomar brevemente os pilares da construção da prisão liberal, mas, neste momento, sob a ótica do referido autor. Sobre isso, esclarece Zaffaroni que o poder punitivo atual e as garantias a ele atribuídas foi inaugurado por um contexto de terror, notadamente em atenção ao fracasso do regime anterior, o qual proporcionou guerras e milhões de execuções por todo o mundo (2015, p. 29).

Após isso, uma vez instituído parâmetros para que se identifique o ser enquanto pessoa humana, incumbe tanto ao judiciário, como também ao legislativo, a aplicação da lei penal sob o critério daquilo que denominou como sendo uma “antropologia constitucional". Significa dizer, de outra forma, que a Lei Penal precisa com urgência se adequar à Constituição (Zaffaroni, 2015, p 30).

Na República Federativa do Brasil, aliás, a dignidade da pessoa humana, expressamente declarada pela Constituição como sendo fundamento do Estado Democrático de Direito, é elemento basilar capaz de atribuir à espécie humana o seu valor inerente. Ou seja, a dignidade da pessoa humana se sustenta, também, no dever legal de resguardar as demais garantias, no que se destaca a liberdade e a igualdade.

Nesse sentido, Zaffaroni, por meio da explícita divisão entre aquilo que nomeou como Direito Penal Humano e, de outro lado, Inumano, enfatiza a necessidade de que se pense a esfera penal sob a lógica primordial da limitação do *jus puniendi*, sobretudo porque a racionalidade inumana ignora “[...] a estratificação e a exclusão social, [...] e, para manter o controle dos excluídos, exerce um poder punitivo maior em identidade e seletividade que desconheça a condição de pessoa aos desfavorecidos” (2015, p. 31).

O Direito Penal Humano, em oposição, é apascentado pelas necessidades sociais, afastando-se do caráter meramente político próprio ao liberalismo, o qual vale-se de critérios

de análise dedutiva para analisar o espaço e a legitimidade da estruturação da pena no Estado (Zaffaroni, 2020, p. 112).

Por isso, então, possível afirmar que:

> O penalismo liberal lutava para passar do poder punitivo arbitrário da nobreza a outro mais previsível ao serviço da burguesia e, por fim, legitimava só a parte que cada autor acreditava ser adequada à hegemonia de classe em ascensão, cuidando para não chegar à impunidade das "classes perigosas", como se começava a chamar os marginais da concentração urbana, em parte também assinalados Lumpen pelos revolucionários metropolitanos (Zaffaroni, 2020, p. 113).

Pensar a nomenclatura do Direito Penal como elemento humano, contudo, depende de determinadas abstenções e separações que cunham a compreensão de sua essência. Sobre isso, outrora mencionou-se que a esfera penal tem suportado demasiado desvio dogmático como maneira para legitimar pensamentos que, em essência, não coadunam com a missão deste ramo do Direito.

Apesar disso, é importante entender que o mal uso da ferramenta não a deslegitima, mas, de fato, faz com que seja indeclinável pensar o resgate de sua racionalidade. Nesse sentido, então, acentue-se que a racionalidade empregada pela dogmática também pode suportar meandros de manipulação irracional, simulação que Zaffaroni esclarece sob a ótica de três possibilidades:

a) Incoerência normativa, responsável por suscitar contradição interna com a própria norma;
b) Incoerência fática, eficaz na transformação e negação de circunstâncias que são, de fato, reais; e
c) Incoerência Política, "Tributária de uma política irracional" (2020, p. 69).

Nesta esteira, a construção por um direito penal humano, não passa pela banalização da dogmática, tampouco busca o desfazimento de toda e qualquer norma, podendo, sob outra perspectiva, ser construído sob dois pilares fundamentais: a suplantação do idealismo penal, que será agora debatida e a já mencionada constitucionalização da norma penal (Zaffaroni, 2020, p. 77-87).

Nesse viés, o apartamento do idealismo penal leva em conta a diferença entre a percepção do poder punitivo e do poder jurídico, assinalando que a função primordial deste, é albergar o desenfreado crescimento daquele, o qual, destaque-se, é muito mais exercido pelas polícias - não raras vezes incorporado a vertente informal própria ao hemisfério sul -, do que pelo poder judiciário (Zaffaroni, 2020, p. 81-81).

Isto é, incumbe àquele que detém o arbítrio de instituir e designar a sanção, a convocação à racionalidade penal que se afaste das ideias irreais de Direito Penal enquanto

meio para demonizar alguns em prol de canonizar os supostos interesses da sociedade. Assim, não pode a punição conservar o seu fator fundante sob sua vertente política, desmantelando aquilo que faz com que a humanidade, como parâmetro de existência em um estado democrático, mantenha-se no campo formal: a utopia do dever-ser.

Nesse sentido, o dever-ser, notoriamente firmado nas funções formais da pena como aparente meio de retribuição e prevenção, não encontra congruência material com o ser, representado pela aplicação da norma propriamente dita. Ratifique-se, oportunamente, o que aqui já foi com outras palavras afirmado: a pena, se embebida na validade formal da norma, não alcança seu fim do ponto de vista da preservação da humanidade, porque, em afastamento ao garantismo, ergue-se sob o escopo da anseia em punir, não da intenção de modificar.

Este aparato de mecanismos engendrados hierarquicamente impede que os Direitos Humanos sejam aplicados como meio para a visualização do conceito ôntico de pessoa no Direito Penal capaz de fazer com que todo ser seja entendido como "ente irrepetível" e, por isso, não se subordine ao *status* de aparelhagem dos ideais penais punitivistas (Zaffaroni, 2020, p. 91).

Neste ínterim, compete o ônus da aproximação entre o dever ser e o ser àqueles que representam o intermédio entre a norma que se pretende e a realidade fática que se obtém, não isentando-se da dimensão social e, logo, política, do Direito Penal, mas, de outro modo, avizinhando-o:

> Em verdade, todo o Direito que pretende eficácia não pode ser politicamente neutro, porque o ser nunca coincide totalmente com o dever ser. Não há lei que mande que o que é seja, que ordene que as pedras caiam para baixo ou que o coração esteja à esquerda. Mas o ser fornece o dado ôntico que limita o dever ser: o ser pode chegar a ser como manda o dever ser, porque um dever ser impossível não é direito [...] (Zaffaroni, 2020, p. 93).

Elucide-se, oportunamente, que a modificação do modelo punitivo, ou, sua adequação à constituição e seu afastamento da utopia idealista penal, não pode servir como subterfúgio à imposição de uma nova ordem de subversão, dessa vez ancorada em outros conceitos, ora compreendidos como éticos. Ou, por outra forma, é preciso desmantelar definitivamente o viés emergencial da esfera penal, evitando, por essa via, uma nova inversão dogmática.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, depreende-se que a norma penal, enquanto exteriorização formal do poder punitivo, é notoriamente contaminada pelas premissas iniciais da prisão moderna. Por

essa razão, o direito penal atual está ancorado no desenvolvimento econômico, o qual, por sua vez, retroalimenta a lógica de inclusão e exclusão.

Do mesmo modo, a subjetivização do indivíduo é realizada em acordo as engrenagens desse sistema, fazendo com que, hodiernamente, em uma dialética de totalitarismo financeiro, a manutenção da criminalidade seja além de previsível, necessária. Ocorre, todavia, que o estigma do medo se dá em suposto favor da sociedade e em desfavor dos estratos sociais historicamente fragilizados, garantindo o controle e a estabilização dos fenômenos de ordem social.

Sofisticadamente, o poder disciplinar que anteriormente postulava a produção, passa a legitimar a disponibilidade da existência, fazendo com que a dogmática penal suporte um processo de simulação principiológica capaz de validar, por meio da norma, a tirania da aparência do Estado Democrático de Direito.

Em complemento às ferramentas de seleção, os discursos emergencialistas surgem também como maneira de ratificar o *status quo* de determinados sujeitos, reverberando, com auxílio das narrativas midiáticas sensacionalistas, a ideia de periculosidade constante. A referida concepção, contudo, é aplicada a coletividades delimitadas, tornando-se meio para relativizar, quando conveniente, o princípio da intervenção mínima penal.

Para enfrentar essa profusa gama de estratégias antidemocráticas, a efetividade do garantismo penal é caminho ao resgate da validade material da norma, de modo que o mero respeito às formalidades na construção de uma tutela penal não seja suficiente à sua aceitação. Na realidade, o recrudescimento penal não pode, somente porque seguiu a liturgia determinada em lei, ser validado como maneira à diminuição da criminalidade.

Assim, tanto no que diz respeito a expansão dos bens jurídicos, como também no que concerne ao endurecimento de normas já em vigor, deve afastar-se o Direito Penal do lugar de regulador heroico nacional, alinhando-se a base fragmentada do ordenamento que, reitere-se, designa sua atuação como *ultima ratio.*

Por essas razões, o Direito Penal Humano mostra-se como instrumento à efetivação do garantismo, o qual, por sua vez, deve responder ao emergencialismo de maneira rígida, visando refrear sua continuidade. Enfim, a convocação da dignidade da pessoa humana como princípio intrínseco da existência, em conjunto com a limitação da atuação penal, atua promovendo a validade material das tutelas penais e, por consequência, auxilia na ressubjetivização da dimensão humana do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klélia Canabrava. **Política Criminal Sacrificial e Direitos Humanos**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 24, n. 48 (2021)/ Dossiê - Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco. Disponível em: https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n48p158-185. Acesso em: 27 de março de 2024.

ALEIXO, Klélia Canabrava; CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno; Mayrink, Renata Pereira. O papel da mídia na construção do inimigo. IN **Reflexões Criminológicas em tempos de totalitarismo financeiro.** Belo Horizonte: Expert, 2020. *Ebook*.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Discursos de emergência e política criminal:** o futuro do direito penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, *[S. l.]*, v. 103, p. 411–436, 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812. Acesso em: 30 mar. 2024.

CARDOSO JR, Hélio Rebello. **Para que serve uma subjetividade?** Foucault, tempo e corpo. Psicologia: Reflexão e Crítica, v. 18, n. 3, p. 343–349, set. 2005. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-79722005000300008. Acesso em: 31 de março de 2024.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

CORTINA, Adela. Aporofobia: a aversão ao pobre, um desafio para a democracia. Tradução: Daniel Fabre. São Paulo: Contracorrente, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Luis Flávio Gomes et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, M. H. D. A. De; MANDARINO, R. P.; Rosa, L. **Garantismo Penal para Quem?** O Discurso Penal Liberal Frente à sua Desconstrução pela Criminologia. Sequência (Florianópolis), n. 75, p. 129–156, jan. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n75p129. Acesso em: 29 de março de 2024.

FOUCAULT, Paul-Michel. **Os anormais:** curso no Collège de France (1974-1975). 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Curso dado no College de France (1978-1979). Tradução: Eduardo Brandão. 1a.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

MELOSSI, Dario; Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX).** 2. ed. 1. re. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2014.

MOTA, Leilane Luiza Ferreira; Maciel, Emílio. **O tempo agora é moeda: de Balzac a Graciliano Ramos.** Nau Literária, *[S. l.]*, v. 17, n. 2, p. 238–267, 2021. DOI: 10.22456/1981-4526.110424. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/NauLiteraria/article/view/110424. Acesso em: 28 mar. 2024.

PIMENTEL, Claudio Santana. **Por uma crítica da dimensão sacrificial do neoliberalismo**. Basilíade - Revista de Filosofia, Curitiba, FASBAM, v. 2, n. 4, p. 9–21, 2020. DOI: 10.35357/2596-092X.v2n4p9-21/2020. Disponível em: https://fasbam.edu.br/pesquisa/periodicos/index.php/basiliade/article/view/235. Acesso em: 29 mar. 2024.

PRECIADO, Paul Beatriz. Texto Junkie: **sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica**. São Paulo: n.1edições, 2018. Ebook. Disponível em: https://www.professores.uff.br/ricardobasbaum/wp-content/uploads/sites/164/2022/05/Preciado-Testo-Junkie_-sexo-drogas-e-biopolitica-na-era-farmacopornografica.pdf. Acesso em: 27 de março de 2024.

RAMIDOFF, Mário Luiz.FRASCATI JUNIOR, Nicola. **Desafios do Direito Penal No Século XXI: Direito Positivo E Diversidade Cultural (A Norma, O Valor E O Facto Como Dimensões Ético-Sociais-Jurídicas-Políticas Do Ser Humano)**. Revista Internacional Consinter de Direito, Paraná, Brasil, v. 5, n. 9, p. 335–354, 2019. DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.18. Disponível em: https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/186. Acesso em: 1 abr. 2024.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Tiempos de Derecho penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. **Entre Direito Penal de Emergência e Democracia Radical:** um equilíbrio sistêmico-discursivo.Tese (Doutorado) - Programa de

Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_TeixeiraRA_1t.pdf. Acesso em: 30 de março de 2024.

THIBAU, Vinícius Lott. **Garantismo e Decisão Jurídica imparcial.** Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_ThibauVL_2.pdf. Acesso em: 28 de março de 2024.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Colonização Punitiva e Totalitarismo Financeiro**: a criminologia do ser-aqui. Tradução: Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito penal humano ou inumano?**. RSTPR, Assunção, v. 6, pág. 27-47, agosto de 2015. Disponível em: https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27. Acesso em 0 abril de 2024.

ZAFFARONI. **Direito Penal Humano e Poder no século XXI**. Tradução: Ilison Dias dos Santos.Salvador: EDUFBA, 2020.

ZEIDAN, Rodrigo. **Direito Penal Contemporâneo:** fundamentos críticos das ciências penais. São Paulo: Saraiva, 2013.