

## DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL NA SOCIEDADE (DEMOCRÁTICA) DE RISCO: uma coalizão é possível?

André Giovane de Castro<sup>1</sup>  
Aline Michele Pedron Leves<sup>2</sup>

**RESUMO:** A sociedade de risco da época atual promove a difusão de discursos sociais pautados no recrudescimento do direito penal em busca de segurança. Com efeito, os direitos humanos são relativizados pelo sistema repressivo-punitivo. Problematisa-se, ao mesmo tempo em que se objetiva encontrar, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, possíveis elementos para a coalizão entre direitos humanos e direito penal. Como hipótese embrionária da pesquisa científica, ao fim corroborada, as desigualdades, alicerçadas político-socialmente, com ênfase à debilidade cívico-democrática, são consideradas como razões e como entraves a serem enfrentados em prol da conciliação entre a intervenção estatal e a garantia das liberdades individuais. O estudo é perspectivado pelo método fenomenológico-hermenêutico, aliado à abordagem qualitativa, à técnica exploratória e ao procedimento bibliográfico.

**Palavras-chave:** Brasil. Direitos Humanos. Direito Penal. Estado Democrático de Direito. Sociedade de Risco.

**ABSTRACT:** The risk society of the present age promotes the diffusion of social discourses based on the resurgence of criminal law in search of security. Indeed, human rights are relativized by the repressive-punitive system. It is problematized, at the same time, the objective is to find, in the context of the Brazilian Democratic State of Law, possible elements for the coalition between human rights and criminal law. As an embryonic hypothesis of scientific research, in the end corroborated, inequalities, politically and socially based, with an emphasis on civic-democratic weakness, are considered reasons and obstacles to be faced in order to reconcile state intervention and guarantee of individual freedoms. The study is perspective by the phenomenological-hermeneutic method, allied to the qualitative approach, the exploratory technique and the bibliographic procedure.

**Keywords:** Brazil. Human Rights. Criminal Law. Democratic State of Law. Risk Society.

### INTRODUÇÃO

A simetria entre direitos humanos e direito penal não se apresenta como uma realidade posta ou facilmente atingível. O Estado, na sua conformação da Modernidade,

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). E-mail: andre\_castro500@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia (CNPq). Advogada (OAB/RS). E-mail: alineleves@hotmail.com

detém, simultaneamente, o *jus puniendi* e o dever de assegurar os preceitos considerados fundamentais à pretensão dignidade da pessoa humana. O cenário que ora se estabelece na conjuntura brasileira não permite evidenciar o relacionamento amistoso entre a intervenção repressivo-punitiva e a proteção do ser humano, como era de se esperar, especialmente porque a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito. Com base nessa temática e nesse contexto, assim como com escopo na teoria da sociedade de risco, cunhada pelo sociólogo Ulrich Beck, a pesquisa científica, aqui proposta, problematiza possíveis elementos à coalizão entre direitos humanos e direito penal na denominada sociedade (democrática) de risco no Brasil. O trabalho focaliza na transformação do sistema jurídico-político em virtude do sentimento de insegurança que permeia a área contemporânea e repercute na difusão de discursos e ações, tanto de cunho social quanto institucional, pautados no recrudescimento da lei.

O estudo emerge da hipótese, ao fim corroborada, de que a sensação de ameaça dos tempos hodiernos enseja discursos de maximização da ordem jurídico-criminal em prol da almejada segurança, embora, para isso, seja necessária a mitigação de direitos humanos. As desigualdades, com ênfase às esferas político-social, no seio da democracia brasileira, são apontadas como possíveis razões e, conseqüentemente, como entraves a serem enfrentados à busca de coalizão entre direitos humanos e direito penal com o intento de conciliar a intervenção repressivo-punitiva com a proteção das liberdades. O método fenomenológico-hermenêutico, baseado nas lições teóricas de Martin Heidegger (1998) e Hans-Georg Gadamer (1999), mostra-se como satisfatório ao alcance dos fins ambicionados com esta investigação científica, essencialmente em virtude de transbordar as fronteiras formais do Direito e necessitar de outros horizontes, na esteira da Filosofia e Sociologia, além da manifestação do ser ao desvelamento das nuances envolventes ao fenômeno em tela. A subjetividade, inerente aos pesquisadores, entra em simbiose com a objetividade, característica da cientificidade deste texto.

As vertentes filosóficas heideggeriana (1998) e gadameriana (1999) evidenciam a historicidade e a tradição como constitutivas do modo de ser. Com efeito, a interpretação sobre o objeto de estudo está em consonância, embora não irrestrita, com a compreensão do sujeito. Logo, a compreensão é anterior à interpretação, sendo esta, por consequência, o resultado das visões de mundo conformadoras da existência do ser. Este método contribui ao autorizar o desvelamento das coisas em si mesmas, isto é, ao trazer à luz o escuro, o escondido, o oculto. A fenomenologia, como estudo do fenômeno, caminha *pari passu*

com a hermenêutica, como instrumento de vislumbre sobre o tema. A fenomenologia hermenêutica, assim, nos termos de Ernildo Stein (2001, p. 169), dá acesso “ao fenômeno no sentido fenomenológico”, de tal modo a viabilizar o desvelamento daquilo que “primeiramente e o mais das vezes não se dá como manifesto”. E isso está alicerçado no âmago do sujeito-pesquisador, mormente, a teor de Stein (2011, p. 187-188), o “ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico”, pois “nele reside uma pré-compreensão, fundamento de toda posterior hermenêutica”. À luz do método fenomenológico-hermenêutico, considerado adequado pela aproximação entre sujeito e objeto e pela possibilidade de descortinar as sinuosidades envolventes dos discursos e ações sociais e institucionais, posto que compreende a vivência dos pesquisadores com a realidade investigada, o artigo atende à abordagem qualitativa, à técnica exploratória e ao procedimento bibliográfico com o objetivo de: a) analisar a emergência do Estado, a formação do direito penal e a conformação da sociedade de risco; e b) refletir sobre as perspectivas de coalizão entre direitos humanos e direito penal no Brasil.

## **DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCO: o Estado como defensor dos direitos humanos**

A ideia de Estado, na sua conformação atual, é uma construção da era moderna. Muitas são as razões fundadoras da instituição estatal, embora todas considerem como seu desiderato a edificação de um conjunto de normas para regular a vida em sociedade. A segurança dos indivíduos encontra-se entre os pilares da gênese do contrato social e estabelece-se, hodiernamente, como um dos principais campos de atuação do poder público, especialmente porque demandado pelo povo a apresentar respostas aos dilemas securitários, os quais se evidenciam cada vez mais intensos. É possível considerar três vertentes conceituais sobre a origem do ente estatal<sup>3</sup>. Todas integram o que se denomina

---

<sup>3</sup> A idealização dominante sobre a edificação do Estado da Antiguidade até a Modernidade concebia a instituição estatal como o resultado da natureza. Essa teorização é encontrada em Aristóteles (2011). O Estado seria a decorrência da união natural da família, integrada por homem e mulher, senhor e escravo; do burgo, organizado com várias famílias; e da cidade, representada por diversos burgos. Assim, a visão aristotélica (2011, p. 22) considerava a anterioridade do Estado em relação ao homem: “o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”. O homem, nesse sentido, nasce inserido em uma comunidade e, logo, é, naturalmente, um animal político apto a viver em sociedade. Percebe-se, com efeito, a ausência de opção do ser humano à vida em coletividade e à constituição de um poder central, haja vista vir ao mundo integrado em um *locus* criado e destinado *a priori* para o seu uso *a posteriori*. Com a Modernidade, contudo, o indivíduo é colocado à frente do Estado. Este é o fundamento, aliás, da doutrina contratualista.

de teoria contratualista. A noção de contrato pressupõe, nos pensamentos de Thomas Hobbes (2017), John Locke (2014) e Jean-Jacques Rousseau (2015), a decisão consensual dos indivíduos de entregarem as suas liberdades, absolutas no seio do Estado natural, em prol da criação artificial de um poder central, idealizado como Estado civil, com o intuito de promover a harmonia e a pacificação da vida em coletividade, em que pese a liberdade se tornasse relativa.

Para a concepção hobbesiana (2017, p. 108), a inexistência de um poder regulador da vida coletiva provoca “uma guerra de todos contra todos”, por meio da qual a força física é que dita as regras da convivência, posto que as paixões naturais do homem são inclinadas à parcialidade, ao orgulho e à vingança. No Estado natural, a vida torna-se “solitária, pobre, embrutecida e curta” (HOBBS, 2017, p. 138). Esse é o motivo, sintetizado pelo sentimento de medo e pelo anseio de segurança, que conduz livremente os seres humanos a optarem, com efeito, pela emergência do Leviatã, composto pela figura de todos os súditos. A preservação da propriedade é a razão central e fundante do pacto na leitura lockeana (2014). A aceitação da submissão do homem ao controle e ao domínio de um poder, que não apenas o seu, resulta da precariedade da fruição dos direitos no Estado de natureza, no âmbito do qual, embora existam direitos naturais, os seus detentores permanecem sob a constante ameaça de violação (LOCKE, 2014). Assim, a abdicação das liberdades decorre, a teor de Locke (2014, p. 76), da intenção de viver uns com os outros, na condição de sociedade civil ou política, com “segurança, conforto e paz”.

A igualdade é um fator elementar na elaboração do contrato para a visão rousseauiana (2015), de modo a transformar a igualdade natural dos homens em igualdade civil. Esse pressuposto igualitário ocorre porque, na esteira de Rousseau (2015, p. 20), “cada um se dando por inteiro, a condição é igual para todos, e a condição sendo igual para todos, ninguém tem o interesse de torná-la onerosa para os outros”. O benefício do pacto social encontra-se no fato de que, embora iguais naturalmente, os indivíduos são desiguais em força e em gênio, mas, com a ascensão da sociedade civil, “se tornam todos iguais pela convenção e pelo direito” (ROUSSEAU, 2015, p. 27). A ambição de segurança, nesse sentido, está atrelada ao nascimento do Estado. É a perspectiva de usufruir da liberdade com mais segurança, sem os temores e a ameaça constante de encontrar inimigos, que obriga os indivíduos, na percepção de Cesare Beccaria (2012), a ceder a liberdade absoluta. O resultado é a constituição da soberania da nação, do soberano do povo e, em específico, no que diz respeito à normatização e à concretização da vida segura,

do direito de punir, cuja realização deve estar adstrita ao poder que o constituiu, pois, do contrário, será abusivo, fato e usurpação, e não justiça, direito e legítimo (BECCARIA, 2012).

Ao ingressar em um Estado, no caso, civil e, com efeito, calcado na lei, o cidadão submete-se ao *nomos* estabelecido como corolário da vontade de si e dos demais indivíduos<sup>4</sup>. Isso ocorre, inclusive, no tocante às normas de caráter criminal, as quais emergem como o desiderato dos anseios do tecido societal, mas se encontram sob a *práxis* do Estado com supedâneo no *jus puniendi*. O criminoso, consoante Michel Foucault (2013, p. 86), ao romper com o contrato social, se torna “inimigo da sociedade interna”, mas, paradoxalmente, “participa da punição que se exerce sobre ele”, pois segue integrando o corpo político.

O Estado recebe, diante disso, o monopólio do direito de punir. Trata-se, aliás, da alternativa à barbárie encontrada no âmbito de um Estado natural, no bojo do qual as vinganças são privadas, justamente porque cada indivíduo atua em prol da sua defesa. A punição torna-se, então, um *múnus* público. A pena, nesse sentido, nos termos de Salo de Carvalho (2001, p. 164), conforma-se, a um, “como instrumento político de negação da vingança”; a dois, “como limite ao poder punitivo”; e, a três, “como o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência”. O direito penal ascende, em tal contexto, como importante ramo jurídico destinado a zelar pela vida segura dos cidadãos, especialmente no âmago de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil. A ordem jurídica de cariz criminal, que dita o certo e o errado, o justo e o injusto, consubstancia-se de condutas consideradas socialmente como inadequadas, definidas, pois, pelos seres humanos e não, evidentemente, por um ente transcendental, nos termos de Augusto Thompson (1983). Caso as ações ou omissões tipificadas não forem observadas, compete à instituição estatal exercer o *jus puniendi*.

A partir disso, a questão que se coloca é buscar entender quando e por que o Estado pode intervir na liberdade dos indivíduos. Para Claus Roxin (2009), o uso deve se restringir a uma função social desempenhada pelo direito penal, motivo pelo qual o aparelho repressivo-punitivo adstringe-se ao alcance de metas vistas como inviáveis

---

<sup>4</sup> A normatização da vida como o resultado da vontade dos cidadãos é, sobremaneira, evidente no âmbito de um Estado Democrático de Direito, nos moldes do edificado com a Constituição Federal de 1988. Embora não se tenha a condição de inferir a concordância de todos os seres humanos, notadamente dada a escolha das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais não necessitar do consenso, senão, isto sim, da maioria, seja simples, seja qualificada, ascende-se da ideia de todos acatarem o *decisum* decorrente, direta ou indiretamente, da ambição dos membros da sociedade.

mediante outras maneiras. Trata-se, a bem da verdade, da clássica idealização do uso do monopólio da violência legítima, obtido pelo ente estatal em virtude do pacto social, em *ultima ratio*, ou seja, em última situação, quando outra, menos interventiva, não for suficiente.

Dessa forma, o sistema de justiça penal existe, de acordo com Roxin (2009, p. 17), com o propósito de “uma vida em comunidade livre e pacífica”. No entanto, se a vida no Estado de natureza era, em tese, absolutamente livre, a liberdade no Estado civil não tem o condão, conseqüentemente, de ser totalmente restringida, mas à proporção que for necessária para a convivência benéfica a todos. Impera-se a tarefa, com efeito, conforme Roxin (2009, p. 17), de encontrar “um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil” a fim de garantir “a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”. A tipificação de delitos corresponde, assim, à determinação de hipóteses de não fazer, isto é, de deveres. No instante em que o cidadão descumpra os tipos penais, o Estado, em nome de todo o corpo social e político, age com o intuito de punir o transgressor. Essa lógica evidencia o entrelaçamento dos deveres com os direitos, notadamente porque as situações selecionadas como criminosas representam, em suma, a violação de direitos. Pode-se assinalar, então, que o direito penal tutela bens jurídicos, os quais, quando infringidos, repercutem em sanção pública, e não privada, como ocorria no Estado natural.

Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2018, p. 98-99), a relação entre o direito penal e os direitos humanos pode se conformar, basicamente, de duas formas, quais sejam: em primeiro lugar, “os direitos humanos podem atuar com uma função crítica ao direito penal, impondo a diminuição do poder do Estado para que não seja opressivo aos indivíduos”, e, em segundo lugar, “podem representar uma função promocional, ou seja, exigindo sua proteção como forma de garantir sua efetividade”. Trata-se, nesse sentido, de conceber os direitos humanos como verdadeiros instrumentos de contenção ou limitação e, inclusive, como objetos do direito penal. Essa cristalização do direito penal e dos direitos humanos, em que pese historicamente seja conflituosa, fragiliza-se atualmente, de maneira acentuada, frente à configuração da sociedade de risco. A sociedade de risco refere-se ao contínuo sentimento de medo no âmago de uma sociedade marcada pela imprevisibilidade das relações entre os seres humanos e pelo irrefreável avanço tecnológico e científico (BECK, 2010). Hoje, diversamente dos perigos de outrora, na percepção de Zygmunt Bauman e Ezio Mauro (2016, p. 75), os riscos “não são visíveis a olho nu” e, com efeito,

Revista Húmus vol. 11, num. 33, 2021

podem surgir em qualquer lugar do planeta e a qualquer momento da história civilizacional.

O contexto de riscos da Modernidade tardia, nos termos de Beck (2010), ou, como também pode ser identificada, da Contemporaneidade, cria uma aura de permanente insegurança, embora seja um fenômeno produzido e sentido pela própria civilização. Caracterizados, na lição de Beck (2015, p. 31-32), como a “possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros”, os riscos “tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe” e são oriundos da industrialização, da ciência, da tecnologia e – por que não dizer – das relações humanas. Esse contexto deriva do fenômeno da globalização. A globalização, que se alavancou no século XX, estabeleceu-se, no século XXI, como o paradigma das relações sociais. Desse modo, na visão de Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 32), o fenômeno, “seja qual for seu grau de impactação nas sociedades, é um fator transcendente que influencia, de forma decisiva, as políticas criminais”. O Estado, especialmente na sua atribuição embrionária de propiciar segurança aos cidadãos, é convocado, em um cenário tal, para oferecer respostas aos dilemas dos dias de hoje. O ente estatal utiliza, sobremaneira, então, o direito penal. A sociedade de risco nasce, nesse diapasão, vinculada, essencialmente, à ciência e à tecnologia. A conjuntura hodierna, porém, é diversa, pois o risco é generalizado. Os cidadãos, à luz de José Luis Díez Ripollés (2007, p. 75), têm reclamado o enfrentamento dos riscos, alterando, substancialmente, a política criminal e, por conseguinte, a sua esfera de intervenção, razão pela qual tem se configurado o seguinte dilema:

Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años setenta y ochenta, que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás.

O direito penal encontra-se, assim, em colisão com os direitos humanos. Todo o caminho, a bem da verdade, anda em desalinho com os mandamentos condutores à

almejada dignidade da pessoa humana. Isso ocorre em virtude de a sociedade vislumbrar, de um lado, a suposta falência do sistema de justiça penal em atender às suas funções e, de outro lado, de atribuir, seletivamente, a uns e outros indivíduos a responsabilização e a culpabilização sobre os riscos, sejam concretos, sejam simbólicos, vivificados no tecido societal. O poder e a seletividade fazem o direito penal se chocar com os direitos humanos. A decisão de instrumentalizar o direito penal para o enfrentamento às causas ou aos agentes perturbadores da vida coletiva enseja, no entanto, conflitos com os direitos humanos. Torna-se forçoso, à vista disso, evidenciar as sinuosidades que engendram esse processo de colisão, essencialmente no seio do Estado Democrático de Direito brasileiro, com o intuito de compreendê-las e, principalmente, perspectivar possíveis maneiras de transpor o choque constituído, portanto, entre o anseio de segurança e a necessidade de proteção dos direitos de todos os seres humanos.

### **A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE (DEMOCRÁTICA) DE RISCO: um olhar sobre o sistema de justiça penal no Brasil**

O sentimento de insegurança parece estar impregnado à realidade de hoje e retratar a chamada sociedade de risco. É possível apontar que no Brasil se estabelece uma sociedade (democrática) de risco. As ameaças e os perigos estão em todos os lugares e podem ser consumados em todos os momentos. Os cidadãos, ao sentirem medo, pleiteiam medidas estatais para enfrentar os dilemas e, especialmente, combater os causadores desse mal-estar. Em um Estado Democrático de Direito, o sistema de justiça penal tende a resultar da vontade – democrática – dos indivíduos, o que, contudo, exige cautela. O discurso – que, para Foucault (1996), se veste de funções de controle, de limitação e de validação de regras em distintas épocas e sociedades – assume relevância na conjuntura nacional, essencialmente nos campos social e político. O discurso pode ascender com a pretensão de afirmar uma verdade, que, na concepção de Hannah Arendt (1988), se configura a partir dos tempos modernos como uma construção humana. Essa verdade decorre do discurso social e/ou institucionalmente respeitado e temido ou – o que é o mesmo – legitimado (FOUCAULT, 2002).

Os discursos difundidos socialmente, em meio ao sentimento de medo, especialmente relacionado à criminalidade comum, concebida como os delitos de rua, pautam-se pelo recrudescimento do direito penal. O problema, contudo, assenta-se no fato

de que a maior interferência do sistema de justiça penal na vida dos indivíduos conduz à redução das liberdades, isto é, à mitigação dos direitos humanos. Esse cenário resulta da sensação de medo. Com efeito, na esteira de Beck (2004, p. 358), “cuando los seres humanos tienen miedo, están dispuestos a aceptar sin preguntas ni resistencias unas injerencias en aspectos fundamentales de su vida que antes hubieran sido impensables”.

Diante de um discurso, social e, ao mesmo tempo, democraticamente construído, em face da criminalidade, como se tornasse, então, uma verdade, exsurge o anseio punitivo, representado pela máxima repressão e punição dos violadores das normas consideradas de boa convivência. O direito penal, a teor de Débora Regina Pastana (2007, p. 210), eleva-se à “tábua de salvação”, a qual parece ser cada vez mais aceita pelo corpo social quanto mais rígida for exercida. De tal modo, o direito penal caracteriza-se não mais como *ultima ratio* e, sim, como *prima ratio*. No Brasil, o sistema de justiça penal, conforme Pastana (2007, p. 210), “opera no sentido do ‘excesso de ordem’, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista”, embora, muitas vezes, seus efeitos sejam tão somente simbólicos, mas não efetivos no combate à criminalidade. O único resultado seja, quiçá, o de acalmar, instantaneamente, os medos dos cidadãos, que aparentam, na seara democrática, postular a redução do próprio Estado Democrático de Direito, consubstanciado, em tese, pela proteção dos direitos humanos, como prevê a Carta Política de 1988.

Assim, no Brasil, o sistema de justiça penal, mascarado de democrático, consoante Pastana (2007, p. 212), “representa, ao contrário, uma violência institucional ilegítima, diluída na banalização da desigualdade e reforçada na seletividade da punição e consequente aniquilação do agressor”. Isso pode ser definido, segundo João Ricardo Dornelles (2008, p. 49), como “eficientismo penal”, por meio do qual se configura uma “política de resultados” céleres aos conflitos sociais, com a renúncia “às garantias legais processuais da tradição do direito penal liberal e presentes nos princípios constitucionais modernos e nos tratados internacionais”, com destino, porém, seletivo<sup>5</sup>.

O monopólio da violência legítima, que se arraiga no Estado devido ao pacto social, torna-se, eventual ou costumeiramente, violência exercida além dos limites razoáveis,

---

<sup>5</sup> A seletividade tem o condão de ser evidenciada nas cifras dos custodiados no Brasil. O sistema carcerário brasileiro, nos termos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2020, contabiliza 702.069 reclusos, cujo perfil majoritário é homem (92,01%), jovem (41,91%), pardo e negro (66,31%) e acusado ou condenado por delitos relacionados às drogas ou ao patrimônio (71,04%) (BRASIL, 2021).

embora receba, vez ou outra, a anuência do tecido societal. A violência é, assim, uma marca constitutiva dos tempos atuais. Ela é utilizada, de um lado, como referência a ser combatida, mas, de outro lado, como a forma de enfrentamento da instituição estatal em face dos criminosos. Em outros termos, trata-se de afirmar: a violência é considerada uma maneira de enfrentar a violência, seletivamente, combatida. No Brasil, a violência está estabelecida na sociedade desde o limiar da sua história. Para Dornelles (2008, p. 75), a violência é clarividente em terras brasileiras, essencialmente em face dos “grupos humanos subalternos, pobres, escravizados, ‘vulneráveis’, desqualificados, marginalizados”. Os atos violentos mostram-se como o corolário de uma ação sustentada, contudo, em discursos ascendidos ou validados institucional e socialmente. Assim, o encarceramento em massa evidencia-se tão só como o efeito de tal “microfísica do poder”<sup>6</sup>, com alusão ao termo delineado na teoria foucaultiana (2002). O poder em diagrama, em capilaridade, em rede, como externalização da microfísica do poder, encontra-se no sistema de justiça penal. O Brasil tem, aliás, este retrato. Ao vivenciar as mazelas do sistema carcerário brasileiro e, por conseguinte, testemunhar a atuação de várias instituições do Estado em relação à área da segurança pública, Igor Mendes (2017, p. 138-139) descreve o cenário e as suas razões de ser:

A sucessão de responsabilidades é longa. Inclui o juiz que decreta prisão, indiferente e mesmo hostil àqueles que são objeto de sua decisão, pouco se importando para onde será enviado e em que condições será mantido o “seu” preso. Abrange os políticos que, em troca de votos, fazem o fácil discurso populista, prometendo leis ainda mais duras e maior encarceramento, investindo mais em construção de prisões e armamento das polícias do que na assistência à nossa juventude. Passa pelos burocratas dos milhares de órgãos que, de um jeito ou de outro, são responsáveis pela fiscalização do sistema penal, até chegar aos diretores e subdiretores que costumam fechar os olhos ante o “excesso” de seus homens. Isso para ficarmos restritos aos que operam o sistema penal, não discutindo as causas econômicas e sociais desses males, com raízes ainda mais profundas em nossa história.

---

<sup>6</sup> O poder é identificado, na idealização foucaultiana (2005, p. 35), como “uma coisa que circula” e, com efeito, “uma coisa que só funciona em cadeia”. O corpo social e o corpo político atuam na configuração do poder. O poder, então, não existe somente na instituição estatal. Ele está difuso, também, na sociedade. Aliás, as instituições são formadas de indivíduos; logo, os indivíduos, constituidores do tecido societal, estruturam e manifestam o poder. Para Cesar Candiotto (2011, p. 37), o poder não emerge “de uma fonte única ou de uma instância transcendente”, como seria o Estado, e se destina aos indivíduos, sejam súditos, sejam cidadãos, mas, sim, se conforma em capilaridade, o que significa, então, dizer: “se materializa horizontalmente no conjunto das práticas discursivas e não-discursivas dos diferentes tecidos societários”. O poder situa-se, material ou imaterialmente, nesse diapasão, em rede. Por isso, a – possível – simbiose entre os discursos sociais e as ações institucionais.

A resposta do Estado aos riscos da era contemporânea parece estar, de fato, no direito penal. Essa atuação do ente estatal, a teor de Ana Isabel Pérez Cepeda (2007), seria, *a priori*, desejável, mas sempre com a observância dos ideais de um Estado de Direito e com a responsabilização adequada e coerente ao modelo jurídico vigente. No entanto, o que se constata com a politização do aparato criminal é o almejo da opinião pública por resultados rápidos; para isso, “los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas” (PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 51). A democracia e o direito, eminentemente, na situação em tela, da área criminal, alçam-se como sistemas, fundamentalmente, imbricados. Ainda, no Brasil, há um dilema não somente da atualidade, mas, sim, duradouro na sua história. A democracia brasileira, na convicção de Sérgio Buarque de Holanda (2002, p. 160), “foi sempre um lamentável mal-entendido”, haja vista que a sua adoção e instalação em terras nacionais foi fruto da aristocracia rural e semifeudal, cujo segmento político-social adequou o modelo, à medida de sua viabilidade, aos seus interesses.

A Constituição Federal de 1988 teria a ambição, em tese, de reformular o referido “mal-entendido”. Esse intuito, contudo, não foi totalmente alcançado. Em um contexto assim delineado, Pastana (2009, p. 123) considera, então, a debilidade da “euforia com a abertura política” e com a “ampliação de direitos” em “consolidar os valores democráticos”, consubstanciados, basilarmente, nas garantias individuais e nos direitos humanos. Uma das causas seria, aliás, a ausência de uma mutação *in totum* da ditadura civil-militar, institucionalizada de 1964 a 1985, com a redemocratização. O autoritarismo, característico dos vinte e um anos do regime ditatorial, não teria sido – e não foi – totalmente suplantado. A *práxis* autoritária segue externando a sua vivacidade no Brasil. Os acontecimentos da ditadura civil-militar, na visão de Loïc Wacquant (2001, p. 10, grifos do autor), continuam influenciando no funcionamento do Estado e na mentalidade coletiva, mormente uma camada elementar da sociedade relacione, ainda, “a defesa dos direitos do homem com a tolerância à *bandidagem*”. Nesse diapasão, a violência e as desigualdades, arraigadas político-socialmente, seguem sendo perpetuadas.

Urge, segundo André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas (2017, p. 19), que se pense na relação atual de direito penal com democracia, haja vista que, a um, compõe o alicerce do fenômeno democrático e, a dois, que “a quantidade e a qualidade da utilização da violência legítima pelo Estado exerce uma forte determinação sobre a condição democrática de uma sociedade e sua organização política”. Essa necessidade

torna-se especial em sociedades díspares, como é a do Brasil, em virtude de ser notória a utilização discricionária, desigual e injustificada do aparato coercitivo, por quem detém o poder, em face dos marginalizados (COPETTI SANTOS; LUCAS, 2017). Clarifica-se, em um contexto de desigualdades, como o brasileiro, de acordo com Copetti Santos e Lucas (2017, p. 21-22), que aqueles que ascendem ao poder, em regra, tomam as decisões e constroem o sistema – no caso, criminal – que será aplicado, sobretudo, sobre “aqueles que não conseguem, por falta de competitividade, ascender aos lugares decisórios do poder político”. Evidencia-se, então, a adstrição do cariz democrático do país, vez ou outra, tão somente ao texto legal, pois os deveres parecem direcionar-se a alguns e os direitos, a outros, a depender do poderio que detêm.

A cidadania, desde há muito, pode ser apontada como exigência à relação amistosa entre direito penal e direitos humanos. Na lição de André Leonardo Copetti Santos e João Martins Bertaso (2017, p. 253), a cidadania refere-se a um direito humano básico e, ao vincular-se com os direitos humanos e com a democracia, implica considerá-la como a “prática dos direitos humanos; e os direitos humanos se consolidando pela realização da cidadania”. Em um seio democrático e nas imbricações do sistema de justiça penal, ser cidadão é ser penalizado nos marcos jurídicos e ser, efetivamente, incluído no corpo social e político. Há, contudo, um problema. Os membros de uma sociedade, como a brasileira, devem sentir-se partícipes do corpo político e social, notadamente porque o seu papel não se restringe ao voto nos pleitos eleitorais, senão, isto sim, à vivência constante da cidadania. Para Alain Touraine (1996, p. 92), a “democracia terá possibilidades de se desenvolver plenamente quando os atores sociais e atores políticos estiverem ligados uns aos outros e, portanto, quando a representatividade social dos governantes estiver garantida”, o que exige o fomento do civismo, bem como a não utilização da deficitária cidadania como motivo para a violação estatal de direitos humanos.

Em um Estado que se pretenda, verdadeiramente, democrático, mas com uma sociedade que não se sente e não se realiza democraticamente, por diversas razões, os dilemas coletivos são difíceis de serem dirimidos, pois não se estabelece a comunhão dos cidadãos. O entrave brasileiro, no caso do discurso punitivo transformado em ação, é nítido, especialmente se constatada a legitimidade social de atos bárbaros perpetrados pela polícia e no cárcere, posto que, nos termos de Felipe Lazzari da Silveira (2015, p. 152), “no Brasil, a violência estatal em não raras oportunidades recebe o apoio da população”. Não obstante, com o emergir da Modernidade, consoante Copetti Santos e Lucas (2015, p. 43),

o indivíduo foi reconhecido como portador de direitos e, por conseguinte, protegido em face das intervenções estatais arbitrárias; logo, no bojo do pacto social, o ser humano torna-se “o fundamento e o limite do poder”. Na mesma esteira reside o pensamento de Gilmar Antonio Bedin (2002, p. 52), para quem, com a assunção do sistema jurídico da era moderna, diversamente de outros sistemas, o acusado dispõe de direitos, os quais “transformam a pessoa acusada, de mero objeto do poder punitivo do Estado, em sujeito de direitos”.

O Estado deve atender à atribuição de garantir segurança, mas, ao mesmo tempo, observar a condição de humanidade do ser humano, pois, na visão de Luigi Ferrajoli (2010, p. 364), “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes”. Não haveria sentido, aliás, que os cidadãos se submetessem a uma instituição estatal, cuja origem concerne à proteção dos direitos, se esta contrariasse a sua função declarada e violasse os respectivos preceitos. O que se verifica, no Brasil, a teor de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson (2018, p. 103), é que, não obstante a retomada do modelo democrático com a Constituição Federal de 1988, se mantém “uma sociedade profundamente autoritária, hostil aos mais elementares avanços em termos de direitos humanos”. O resultado disso é, justamente, que a nascente democracia nacional “vai se esfacelando e se transformando em uma maquiagem, que confere a aparência de um Estado Democrático, e ao invés de ampliar e efetivar direitos, suprime-os paulatinamente” (WERMUTH; NIELSSON, 2018, p. 104). Os discursos sociais, no âmbito de uma sociedade (democrática) de risco, evidenciam, portanto, a pauta de recrudescimento do direito penal e, via de consequência, a sua institucionalização no âmago do Estado. De tal feita, o aparato jurídico-criminal expande-se repressiva e punitivamente, mediante a violação de direitos humanos, inclusive, à vista do exposto, com a anuência do corpo social e político. As desigualdades, calcadas político-socialmente, como marcas do cenário de debilidade cívico-democrática, são os elementos a serem enfrentados para uma possível coalizão entre direito penal e direitos humanos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa, aqui delineada, assumiu o propósito de investigar a relação entre direitos humanos e direito penal na sociedade (democrática) de risco brasileira com o

intuito de apontar possíveis elementos para a coalizão entre a intervenção jurídico-criminal e a proteção das liberdades individuais. Para isso, procedeu-se à análise da ascensão do Estado e, conseqüentemente, do direito de punir, da estruturação da sociedade de risco nos tempos atuais, do sentimento de insegurança e da difusão de pautas securitárias alicerçadas no recrudescimento do sistema de justiça penal com a mitigação de direitos. Constatou-se, no âmago do contexto brasileiro, a colisão do direito penal com os ideais do Estado Democrático de Direito instituído no país com a Constituição Federal de 1988, no bojo da qual um rol extenso e não taxativo de direitos humanos foi elencado. O direito penal, que deveria, de um lado, tutelar os bens jurídicos indispensáveis à pretensa harmonia e pacificação do corpo social, assim como, de outro lado, reduzir e conter a intervenção estatal, parece afastar-se de sua missão e violar os preceitos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana em prol da aura de segurança.

O aparato repressivo-punitivo brasileiro caminha em descompasso, por vezes, aos postulados democráticos e garantistas. Na sociedade atual, frente ao sentimento de insegurança, o Estado age, eventual ou costumeiramente, com incongruência na resolução dos conflitos e no enfrentamento aos riscos, essencialmente com a atuação seletiva. As desigualdades, fundadas político-socialmente, com a debilidade cívico-democrática, ensejam discursos afeitos à maximização do direito penal, mesmo se, nesse diapasão, direitos humanos devam ser relativizados, como se a ordem jurídico-criminal fosse a medida indispensável à promoção da boa convivência do tecido societal, suplantando a diretriz central e – talvez – necessariamente real de foco nas áreas sociais. A condição de cidadão, com a redução das desigualdades e não das suas liberdades, representa a possibilidade de o indivíduo estar na plenitude de seus direitos culturais, econômicos, políticos, sociais e, sobretudo, de viés humanitário. A coalizão entre direitos humanos e direito penal perpassa, à vista do exposto, pela ação do Estado nas áreas sociais, com o intuito de diminuir as desigualdades e fomentar a cidadania, cuja consequência, nos limites desta pesquisa, pode ser compreendida pela possibilidade de construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

**ARENDT**, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

**ARISTÓTELES.** A política. Coleção Saraiva de Bolso. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

**BAUMAN,** Zygmunt; **MAURO,** Ezio. Babel: entre a incerteza e a esperança. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

**BECCARIA,** Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

**BECK,** Ulrich. Poder y contra-poder en la era global: la nueva economía política mundial. Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2004.

\_\_\_\_\_. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

\_\_\_\_\_. Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

**BEDIN,** Gilmar Antonio. Os direitos do homem e o neoliberalismo. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Unijuí, 2002.

**BRASIL.** Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2021.

**CANDIOTTO,** Cesar. Foucault: biopoder, biopolítica e governamentalidade. *In:* **NEUTZLING,** Inácio; **RUIZ,** Castor M. M. Bartolomé (Org.). O (des)governo biopolítico da vida humana. São Leopoldo: Casa Leiria, 2011. p. 37-53.

**CARVALHO,** Salo de. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

**COPETTI SANTOS,** André Leonardo; **BERTASO,** João Martins. Reflexões sobre o déficit de cidadania na construção normativa do sistema penal brasileiro. *Revista Justiça do Direito, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p. 246-278, maio/ago. 2017.* Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7097/4342>. Acesso em: 17 fev. 2021.

**COPETTI SANTOS,** André Leonardo; **LUCAS,** Doglas Cesar. A (in)diferença no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

**COPETTI SANTOS,** André Leonardo; **LUCAS,** Doglas Cesar. Sobre as (im)possíveis relações entre novas penologias e democracia: um estudo no Brasil penal contemporâneo. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bebedouro, v. 5, n. 1, p. 1-33, 2017.* Disponível em: [http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/195/pdf\\_1](http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/195/pdf_1). Acesso em: 17 fev. 2021.

**DORNELLES,** João Ricardo. Conflito e segurança: entre pombos e falcões. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

**FERRAJOLI**, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

**FOUCAULT, Michel**. A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. 4. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Microfísica do poder. Tradução e organização de Roberto Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

**GADAMER**, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

**GOMES**, Mariângela Gama de Magalhães. Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

**HEIDEGGER**, Martin. Ser e tempo: parte 1. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

**HOBBS**, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2017.

**LOCKE**, John. Segundo tratado sobre o governo civil. Bauru: Edipro, 2014.

**MENDES**, Igor. A pequena prisão. São Paulo: n-1 edições, 2017.

**PASTANA, Débora Regina**. Justiça penal autoritária e consolidação do Estado punitivo no Brasil. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 17, n. 32, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/28601>. Acesso em: 17 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Os contornos do Estado punitivo no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 46, dez. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1498>. Acesso em: 17 fev. 2021.

**PÉREZ CEPEDA**, Ana Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madri: Iustel, 2007.

**RIPOLLÉS**, José Luis Díez. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: Editorial B de F, 2007.

**ROUSSEAU**, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

**ROXIN**, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

**SILVEIRA**, Felipe Lazzari da. A tortura continua!: o regime militar e a institucionalização da violência e do autoritarismo nas instituições de segurança pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

**STEIN**, Ernildo. Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

**THOMPSON**, Augusto. Quem são os criminosos? Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

**TOURAINÉ**, Alain. O que é a democracia? Tradução de Guilherme João de Freitas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

**WACQUANT**, Loïc. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

**WEDY**, Miguel Tedesco. A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

**WERMUTH**, Maiquel Ângelo Dezordi; **NIELSSON**, Joice Graciele. A (in)discernibilidade entre democracia e estado de exceção no Brasil contemporâneo: uma leitura a partir de Giorgio Agamben. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 93-116, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20662/95965>. Acesso em: 17 fev. 2021.