

O POPULISMO PENAL:

UMA DEFINIÇÃO POSSÍVEL?

PENAL POPULISM: CAN IT BE DEFINED?

Carlos Alberto da Silva Gadino

*Mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa
(FDUL/Portugal)*

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

RESUMO: A concepção de que o Direito Penal deve intervir na esfera das liberdades, a partir de perspectivas fragmentárias, perpassou o ocidente no século passado, conferindo as bases para a edificação de um chamado Direito Penal Democrático. Nada obstante, a Ciência Jurídica Criminal, nas democracias, tem enfrentado investidas populistas que objetivam, a partir de uma percepção moralista da política, reconfigurar o arcabouço jurídico-penal substantivo e adjetivo, por intermédio de um discurso vocalizado pelo autointitulado “verdadeiro povo”. Para bem concebê-lo e enfrentá-lo, convém estabelecer este movimento fenomênico em conceito, a fim de buscar compreender como o populismo penal, que se intitula legítimo, por ser pretensamente a vontade da maioria, deturpa, de forma grave e custosa, a formulação de políticas criminais e inviabiliza a efetiva concretização de finalidades preventivas das penas.

Palavras-chave: Direito Penal. Democracia. Populismo. Populismo penal.

ABSTRACT: The idea that Criminal Law should intervene in freedoms based on fragmentary perspectives permeated the West in the last century, providing the foundation for establishing a so-called ‘democratic’ Criminal Law. Nevertheless, Criminal Legal Science in democracies has faced populist attacks that aim, from a moralistic perception of politics, to realign the substantive and associated criminal law framework so that it serves a purpose that they consider to be the “will of the people”. In order to understand it properly and deal with it, it is helpful to establish the concept of this phenomenon, in order to understand how penal populism, which calls itself legitimate because it is supposedly the will of the majority, seriously and costly misrepresents how criminal policy is formulated and prevents the effective use of preventive penalties.

Keywords: Criminal Law. Democracy. Populism. Penal Populism.

1 INTRODUÇÃO

O populismo tem estado em evidência e, nada obstante coloque o Estado de Direito sob pressão, desponta incontestemente que seu enfrentamento representa um dos maiores desafios dos sistemas políticos da atualidade, compondo a agenda de todos aqueles que se preocupam com a tutela do futuro da democracia no mundo. Sua origem, progresso e propostas têm provocado intensas discussões, reconfigurando a vida política das democracias estabelecidas. Nada obstante, ainda que se possa assumir, em apertadíssimo escorço, que o populismo é um movimento fenomênico antissistema e, desta forma, intitula-se como o único legítimo e capaz de representar o verdadeiro povo, impende contextualizar como se dá esta relação na democracia, precisamente entre populismo e Direito Penal.

Tendo este dilema como partida, buscar-se-á no presente trabalho esquadrihar como o populismo, enquanto fenômeno que nasce e se desenvolve nas democracias, repercute na reorganização do Direito Penal e Processual Penal, mediante uma nova definição das bases da política criminal, que ulteriormente acabam por catalisar de forma precípua o efeito retributivo das penas mediante um protagonismo quase que exclusivo das vítimas, tudo à luz de uma simplificação dos problemas oriundos do crime.

Como é de se pressupor, esta investigação buscará evidenciar a importância de se estabelecer conceitualmente o populismo penal. Para tanto, necessário se faz, vestibularmente, contextualizar o leitor sobre o objetivo do Direito Penal enquanto Ciência na democracia e como sua construção e aplicação à luz de suas facetas fragmentária e subsidiária possibilitou, abstrata e concretamente, a busca pela realização, não só dos efeitos retributivos, mas também preventivos da pena. Após, é relevante estudar como o populismo se alimenta do medo em uma sociedade cada vez mais securitária, e como esta demanda (por segurança e proteção) pode harmonicamente conviver com as liberdades. Com essas bases, será possível perquirir como o populismo se pronuncia e age, dentro e fora do poder, para finalmente buscar conceber como esse fenômeno reverbera no Direito Penal.

Estribado nesses fundamentos é que se certificará ser possível particularizar uma definição de populismo penal a partir de uma análise detida do que o populismo diz e faz com o Direito Penal na democracia, especialmente como

reposiciona a vítima na arquitetura da resposta criminal, concebe as instituições que compõem o sistema de justiça, resume o cárcere ao alcance de funções puramente retributivas e, nessas bases, propõe a construção e aplicação instrumental do Direito Penal com objetivos moralísticos e desconectado de um contexto deliberativo mais candente, derruindo, em última análise, o próprio regime democrático.

2 O OBJETIVO DO DIREITO PENAL

Para adentrar com solidez e prudência o cerne do debate que se propõe estudar, importa desde logo dar importância e ter em consideração que Direito Penal é um conjunto de normas que se autonomizam no ordenamento jurídico por atribuírem a certos fatos descritos pormenorizadamente – os crimes – consequências jurídicas profundamente graves – as penas e as medidas de segurança (PALMA, 2019, p. 15). Nessa perspectiva conceitual indissociável, importa dizer que, a despeito de a formulação abstrata e substancial retromencionada conter as palavras “crime” e “pena”, tais não são talismãs que tenham a aptidão de transfigurar a realidade, uma vez que o crime e a pena têm iniludivelmente um conteúdo pré-legislativo indisponível (PALMA, 2019, p. 15). Não por outra razão é que o Direito Penal, não raras vezes, é chamado de “a arma mais letal do Estado” (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 35).

Nessa esteira exegética, o Direito Penal Subjetivo (concebido como o direito de punir e sob o encargo do Estado), limitado que está pelo Direito Penal Objetivo (o Direito Penal legislado), deve, de forma imperativa, estar adstrito fundamentalmente (quando erigido no contexto de um regime democrático, e que centralmente é o que interessa ao estudo em espeque, na medida em que o populismo é uma sombra permanente do regime democrático e da política representativa) (MÜLLER, 2017, p. 17) a uma “concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade” (BITTENCOURT, 2012, p. 68).

Com tal característica, infere-se que é missão da ciência do Direito Penal desenvolver o conteúdo dessas regras legais em seu trabalho interno, isto é, sistematicamente e, ao final, interpretá-las. Como ciência sistemática, o Direito Penal fornece as bases para uma administração justa da Justiça, uma vez que

apenas o entendimento dessa estrutura interna de direito eleva sua aplicação acima do acaso e da arbitrariedade. Além disso, a ciência do Direito Penal é uma ciência “prática”, mas, sobretudo, em um sentido mais profundo, “é uma teoria da ação humana justa e injusta, para que suas últimas raízes alcancem os conceitos básicos da filosofia prática” (WELZEL, 1956, p. 1).

No contexto desse espectro hermenêutico da missão fundamental do Direito Penal, apesar de suas origens privatistas, nas quais o direito de punir pertencia a indivíduos, há muito tempo – sem dúvida já no Direito Romano – é um princípio incontestável que o castigo – e a medida de segurança – é um atributo exclusivo do Estado. Desse modo, uma concepção política do silogismo retro-descrito expressa a ideia segundo a qual o Estado tenta aparecer como monopolizador do recurso à coerção física, ao mesmo tempo em que é reconhecida a natureza principalmente pública dos interesses afetados pelo crime (MIR PUIG, 2003, p. 98).

2.1 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO VETOR DEMOCRÁTICO E ORIENTADOR DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO

Como é cediço, no contexto de uma democracia, a missão do Direito Penal, sob uma perspectiva ético-social, é amparar os valores fundamentais da vida da comunidade. Em outras palavras, é dizer que o Direito Penal persegue, em primeiro lugar, a tutela ou a proteção de determinados bens da vida do corpo social (designados bens jurídicos), impondo determinadas consequências jurídicas na hipótese de lesão às consequências jurídicas (desvalor do resultado). Essa tutela de bens jurídicos é obtida com a proibição e punição das ações que se dirijam a lesioná-los; é dizer, evitando ou tratando de evitar o desvalor do resultado com a punição do desvalor da ação (WELZEL, 1956, p. 2).

Dentro de uma democracia que se proponha a valer pelo nome, o controle da legitimidade material da norma penal deve ocorrer por meio da percuciente análise da existência de um bem jurídico a ser tutelado. Fora dessas hipóteses, há indevida expansão do Direito Penal¹, com violação a princípios como, v.g., da Necessidade da Pena (previsto na Constituição da República Portuguesa em seu

¹ “Cabe mencionar, por oportuno, que a expansão do Direito Penal e sua incidência nas mais diversas esferas e etapas do iter criminis é decisão de Política Criminal. A Política Criminal tem, no seu âmago, a específica finalidade de trabalhar estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico), sendo, pois, característica da Política Criminal a posição de vanguarda em relação ao direito vigente, uma vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada” (PALMA, 2019, p. 65).

art. 18, 2) e mais designadamente ao Princípio da Intervenção Mínima, em suas facetas da Fragmentariedade e Subsidiariedade.

Destarte, com perdão da tautologia, o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário) (CUNHA, 2015, p. 34). Nesses termos, desde que possível, deve o Estado abster-se de intervir mediante o manejo do Direito Penal, abstenção essa que deve ter como referência o bem jurídico merecedor de tutela e outros princípios de imputação próprios de um Estado de Direito (e.g. Direito Penal do Fato² e da Lesividade). Em outros termos, só há espaço para o Direito Penal onde as decisões sobre um risco a um bem jurídico possam ser atribuídas individualmente de modo justo (ROXIN, 1997, p. 61).

É precisamente dessa perspectiva que surge o conceito material de crime, ou seja, o Direito Penal deve se ocupar da tutela de bens jurídicos, evitando imiscuir-se em questões puramente morais ou religiosas, porque a proteção de normas – como dito – morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tem repercussões sociais, não pertence de modo algum às tarefas do Estado de Direito democrático, que, pelo contrário, também deve proteger as concepções das minorias dissidentes e, além disso, a implementação dessas mesmas visões (ROXIN, 1997, p. 63). Nessa esteira é que o Tribunal Constitucional Português, quando instado a manifestar-se, asseverou que não compete ao Direito Penal tutelar de forma muito segmentada, pontual e singular determinada moral social, ex vi do princípio da intervenção mínima ou da ultima ratio (PORTUGAL, 2020).

Ao se adotar a Teoria do Bem Jurídico como baliza e o Princípio da Ofensividade (seja por intermédio da sua existência autônoma, seja conectado com o Princípio da Intervenção Mínima), tem-se que a mera descrição típica da conduta em um preceito primário incriminador afigura-se insuficiente para a atribuição da responsabilidade penal individual (nas palavras de Roxin). O julgador deve, por ocasião da análise do caso concreto, também avaliar se a proibição é materialmente legítima e se a conduta era, no mínimo, capaz de colocar em risco o bem jurídico objeto de tutela (GRECO, 2004, p. 93).

² "Em um Estado de Direito, o Direito Penal toma a forma de leis que descrevem, precisamente, condutas proibidas e, por isso, acaba por se classificar como Direito Penal do Fato. A pena é, portanto, sempre uma resposta a um fato e não contém julgamentos gerais a respeito da personalidade ou do caráter do autor. Assim, diferentemente do que se defende no modelo chamado de Direito Penal do Autor, não são as más convicções do autor, como tais, que devem ser punidas, mas apenas aquelas que se manifestam em um fato". (HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 46).

2.2 FIM E JUSTIFICAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL

De partida, faz-se importante dizer que “pena” é espécie de sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora, consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, por meio do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade (CUNHA, 2015, p. 383).

Sob a égide do cotejado escoreço conceitual (puramente formal, é verdade), pode-se inferir que a concepção da existência e necessidade da pena no Estado de Direito, ao tempo em que está umbilicalmente ligada à indissociável existência do crime como fato típico, ilícito e culpável, simultaneamente contrapõe-se à amarga necessidade de punir, devendo toda a discussão sobre os fins das penas estar condicionada pelo seu conteúdo histórico e pela sua função social. Dessarte, ainda que delicado e melindroso o confronto com essa inexorável realidade, não teria cabimento proclamar que a pena não deva *prima facie* ser retributiva³, já que a primeira necessidade humana que a pena pública satisfaz é a da substituição psicológica da vingança privada. Portanto, o cerne do problema reside em saber se a pena poderá cumprir aquele destino racionalmente (e de forma juridicamente aceitável) e ser instrumento de efeitos sociais úteis, para além das razões ancestrais de sua instituição PALMA, 2019, p. 62).

Nesse diapasão, a despeito da problemática posta, tem-se que a evolução histórica das penas está diante de uma atenuação gradual de seu rigor, paralela ao aumento do conforto material e da sensibilidade da humanidade ao sofrimento. Assim, em nosso campo da cultura, o castigo corporal (como tortura ou expiações físicas) desapareceu da maioria das legislações penais das democracias. Nada obstante a isso, onde se verifica efetiva e verdadeiramente o aumento significativo do crime, um setor da opinião pública vê as penas e as penalidades – e até o seu agravamento – como o caminho a ser seguido para combater o crime e garantir a segurança do cidadão (MIR PUIG, 2003, p. 115).

Assim, limitado que está o Direito Penal (nas democracias, diga-se) de intervir na esfera da liberdade dos indivíduos, especialmente à luz da exclusiva tutela dos bens jurídicos (que materialmente preenche o conceito de crime) pela via da tipificação de condutas consideradas lesivas a esses bens, denota-se que

³ Kant assume o pensamento retributivo, justificando a pena independente de quaisquer fins. (KANT, 2004, p. 211).

a retribuição – como corolário da inobservância dessa norma de comportamento – ancora-se na necessidade social em dois planos: ao nível do controle das emoções geradas pelo crime – da pacificação social – e ao nível da proteção perante o delinquente. A pena retributiva só é, deste modo, legítima, se for necessariamente preventiva (PALMA, 2019, p. 63).

Dessarte, a despeito de todo o embate travado acerca do caráter meramente retributivo da reprimenda criminal, na sua variável mais comum, a prevenção geral justifica a pena pela intimidação dos cidadãos relativamente à violação da lei penal. Assim, a pena serviria para impedir (psicologicamente) quem tivesse tendências contrárias ao Direito de determinar-se por elas e, malgrado esse silogismo, a prevenção geral não contém apenas um pensamento de intimidação, mas justifica-se pelo fortalecimento dos juízos de valor social dos cidadãos, que depende da cominação e da aplicação da pena. À prevenção geral negativa associa-se, assim, uma prevenção geral positiva, que consiste no fortalecimento das expectativas sobre a eficácia da justiça penal (PALMA, 2019, p. 59).

Por sua vez, a prevenção especial considera que o fim das penas é a intervenção sobre o cidadão delinquente, por intermédio da coação psicológica, inibindo-o da prática de crimes ou eliminando nele a disposição para delinquir (PALMA, 2019, p. 60).

Nesse diapasão, de acordo com a concepção de Franz v. Liszt (1851-1919), o político criminal alemão mais importante da sua época e porta-voz da “Escola Jurídico-Penal Sociológica”, a prevenção especial pode atuar de três maneiras⁴: garantir a comunidade contra criminosos, prendendo-os; intimidar o autor, por meio de punição, para que ele não cometa crimes futuros; e preservando-o da reincidência por meio de sua correção (ROXIN, 1997, p. 85-86).

Nessa trilha exegética, alcança-se a ilação de que uma teoria mista, unificadora ou sindical, por meio da qual são combinados os conceitos discutidos até agora, atinge resultados práticos e cognitivos mais adequados, ou seja, considerando que retribuição, prevenção especial e prevenção geral são fins de punição

⁴ Dado o relevo da temática para o estudo em enfoque, e a título meramente exemplificativo, o Strafgesetzbuch, doravante StGB (Código Penal Alemão), na seção §46, 1, é taxativo ao asseverar que “a culpabilidade do réu é fundamento da determinação da pena para a vida futura do réu e da sociedade”, em clara adoção da prevenção especial como fim da pena a ser buscada pelo Direito Penal. Nessa esteira, impende mencionar que John Pratt elenca a sociedade Alemã como um estado-nação que ergueu barreiras eficientes e, assim, resistiu ao progresso do populismo penal. Dentre as razões que levaram a este patamar, o autor enumera a confiança da população no sistema de justiça criminal, precisamente no fato de que “promotores e juízes são membros de um quadro de carreira, que é apoiado pela crença de que suas decisões devem ser protegidas de influências políticas e que juízes e promotores também terão influências positivas nos processos políticos”. (PRATT, 2007, p. 160).

que são perseguidos simultaneamente. Nas formulações mais recentes da teoria da união, retribuição, prevenção especial e prevenção geral são tratadas como fins de sentença de igual valor. Supõe-se que nenhuma das teorias penais seja ordenada ou proibida por lei, de modo que - de certa forma, de acordo com as necessidades - ambas as finalidades da pena possam ser colocadas em primeiro plano (ROXIN, 1997, p. 93-94).

Portanto, deve se ter em conta que o fim das penas deve ser colocado como problema do fundamento da legitimidade das penas estatais em face da legitimidade do poder punitivo do Estado (PALMA, 2019, p. 64), sem deslocar este debate - do problema dos fins das penas - para uma discussão sobre modelos de política criminal, amiúde suportados, de forma equivocada, apenas ideologicamente, dando azo não raras vezes ao fenômeno que se debruçará adiante - o populismo penal.

3 O MEDO E O DIREITO PENAL

A expansão do Direito Penal, como já destacado alhures, e sua incidência nas mais diversas etapas do *iter criminis* (v.g., a criminalização dos atos preparatórios ou tipificando condutas de coloquem o bem jurídico apenas abstratamente em perigo) é decisão de Política Criminal, sendo, pois, característica desta a posição de vanguarda em relação ao Direito vigente, uma vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada (CUNHA, 2015, p. 34).

Malgrado o silogismo retro, e a despeito de a política criminal não ser propriamente uma particularidade do nosso tempo, no seu contexto é que os Estados passaram a adotar posturas expansivas do Direito Penal Substantivo e Adjetivo, com a tipificação de novos delitos, na busca por segurança, prestigiando a ideia de que "deve existir um Direito Penal com penas mais duras e violentas de modo a proporcionar segurança" (DONNA, 2008, p. 67). Mas o que conduziu a sociedade hodierna a esta demanda?

A situação de alarme social, aliada ao receio (ou mesmo o medo) da concretização de tragédias, impulsionam o Direito Penal a inibir condutas que podem gerar riscos gravíssimos, ainda que não se consubstancialize a lesão ao bem jurídico protegido (haja vista ser a tutela do bem jurídico diretriz a ser per-

seguida, conforme destacado alhures). Nessa trilha cognitiva, ainda que a Política Criminal, defendida por Claus Roxin como um modelo onde “o Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica” (ROXIN, 1997, p. 82), é certo dizer que o surgimento de um Direito Penal preventivo tem haurido contornos dilatados e tem demonstrado, em certa medida, a irreversibilidade da expansão penal, que em verdade se trata de uma realidade crescente nos parlamentos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, ou seja, “será difícil frear certa expansão do Direito Penal, dadas as configurações e aspirações da sociedade atual” (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 185).

Destarte, a conjugação de fenômenos vários (*v.g.*, globalização e terrorismo, imigração e desemprego) se por um lado resultaram no crescimento exponencial da delinquência urbana, por outro também deram ensejo à expansão de uma certa comunicação de massas e à procura de mercado fácil, provocando o medo na população e despertando o espírito securitário tendente a abafar ou limitar significativamente os princípios inspiradores no Direito Penal liberal e especialmente das garantias processuais, tidas por muitos, agora, como excessivas (SILVA, 2016, p. 515).

Isso posto, sendo cediço – ou muito próximo do predito consenso – que, no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, questões de política criminal devem estar direcionadas ao preenchimento material do conceito de crime, à luz do Princípio da Culpa (ou responsabilidade subjetiva) e da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico, e que a pena – que simbioticamente coexiste com o tipo penal (este dotado de dignidade que justifica sua existência no ordenamento jurídico) – deve buscar atingir concomitantemente finalidades retributivas e preventivas (geral e especial, positiva e negativa), interessa esquadrihar quais as razões que impulsionam alguns Estados a deliberadamente se distanciarem destas premissas, seja para enfraquecer a missão fundamental do Direito Penal de tutela do bem jurídico, seja para dar ensejo a uma ilimitada e injustificada expansão da incidência do Direito Substantivo (e Adjetivo) Criminal na esfera das liberdades individuais.

3.1 COEXISTÊNCIA DE LIBERDADE E SEGURANÇA NA DEMOCRACIA

A liberdade deve estar presente em qualquer Estado Liberal e Democrático, e os cidadãos devem sentir-se livres para gozarem e exercerem os seus

direitos, os quais devem ser garantidos pelos Estados por intermédio das instituições de que dispõem. Consentânea e concomitantemente, o Estado tem a incumbência de garantir as condições necessárias de segurança, de maneira que haja estabilidade dos interesses vitais da comunidade política e dos seus bens, mas também (e não menos importante) a durabilidade aceitável e legítima das normas e a irrevogabilidade das decisões que respeitem interesses justos e comuns. Gomes Canotilho e Vital Moreira conferem exegese que viabiliza a concorrência existencial destes dois pilares da democracia, ao asseverarem que “a segurança deve ser vista numa perspectiva de garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, libertos de ameaças ou agressões” (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 184).

Nesse diapasão, desponta não subsistirem questionamentos acerca do fato de que o Direito Penal (material e processual) é uma das – senão a – via pela qual se busca guarnecer íntegros estes dois postulados. Malgrado o colocado retro, e como debatido precedentemente, ao se demandar respostas imediatas dos atores do Sistema Criminal estatal aos problemas complexos que inevitavelmente se apresentam, todo um arcabouço jurídico que deveria oferecer segurança passa a ter suas bases contrabalançadas sob as ameaças populistas de invocar o Direito Penal, agora, como *prima ratio*, para solver estas questões, degenerando séculos de aprimoramento científico direcionado à elevação de políticas criminais democráticas focadas na tutela de bens jurídicos de especial relevo sob a égide de princípios de estatura constitucional já trabalhados nos tópicos precedentes (v.g., Intervenção Mínima) e que atendam, ao mesmo tempo, às finalidades da pena, da mesma forma, regidas por princípios de igual dignidade (e.g. art. 18, 2, CRP).

Dessarte, a despeito do asseverado supra, impende ressaltar que o Direito não significa, sempre, segurança jurídica, e é, em muitos momentos da história, fonte limitadora do exercício do poder despótico, como denota o caso dos Estados de exceção, assim como dos Estados em que o sistema político ditatorial e restritivo de direitos, liberdades e garantias se enraíza na normatividade jurídica da hegemonia política (VALENTE, 2011, p. 66).

Nada obstante a isso, esse desiderato – de segurança em benefício da liberdade – pode ser realizado ou alcançado por diferentes caminhos e com diferentes intensidades de intervenção: material e processual; securitária ou

garantista; belicista ou humanista; soberana ou partilhada; imposta ou legitimada. As intensidades e os trilhos da construção de um Estado Social e Democrático de Direito com um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, de segurança e de justiça são fatores determinantes na edificação de um quadro normativo subordinado a uma dogmática jurídico-criminal consequente de uma política criminal enraizada em valores em que uma Democracia legítima se funda (VALENTE, 2011, p. 66).

Dessarte, a legitimidade de qualquer Direito Penal não pode, na contemporaneidade, enganchar tão só em uma lógica positivista jus constitucionalista ou de Direito (formal): esta tese, imbuída do espírito hobbesiano de estado legal e de um Direito Penal como objetivos exclusivos de represália e intimidação, atravessou o século XIX e foi perdendo espaço no mundo após a Segunda Guerra Mundial (VALENTE, 2011, p. 70). Faz-se mister que o Direito Penal se desenvolva sem a sombra de soluções simplificadas que eventualmente coloquem em perigo os valores que, em verdade, deveriam ser tutelados por esse ramo do Direito.

Diante dessa conjuntura, e do real risco a que estão sujeitos os valores basilares da democracia, estudar como o populismo interfere em um regime democrático serve para justificar nossas preocupações, aflições e tormentos; é também uma premissa para toda reflexão que queira entender as fraquezas da democracia partidária e as mudanças necessárias para resistir ao desafio populista (URBINATI, 2019, p. 190), que no estudo que ora se desenvolve acaba por repercutir na seara do Direito Penal, especialmente porque as soluções obtidas decorrem da impaciência com as regras e procedimentos utilizados pela democracia representativa, uma vez que o populismo (e o populismo penal) é impaciente com o pluralismo (URBINATI, 2019, p. 190).

4 O POPULISMO

Percorridos e trilhados estágios cognitivos e exegéticos que precedem ao estudo do tema central, mais uma vez, data venia, ressoa necessário esquadriñar, em prolegômenos, o que é o “populismo” (ainda que em apertado escorço) para, então, contextualizar esse fenômeno na seara do jus puniendi por um Estado que se intitula – ou quer assim ser – Social e Democrático de Direito.

O termo “populismo” é regularmente usado como sinônimo de antissistema⁵, independentemente, ao que parece, de “quaisquer ideias políticas”⁶; o conteúdo, por oposição à atitude, parece pura e simplesmente não contar. O termo é, assim, primariamente associado a determinados humores e emoções: os populistas estão “zangados”, e os seus eleitores estão “frustrados” ou nutrem “ressentimentos” (MÜLLER, 2017, p. 17). Por essa percepção, pode-se afirmar que o populismo resulta em uma particular “imaginação moralística”⁷ da política, uma maneira de entender o mundo político que coloca um povo moralmente puro e totalmente unificado contra as elites julgadas corruptas ou de alguma outra maneira moralmente inferiores (MÜLLER, 2017, p. 35). É um erro, portanto, pensar que o populismo se revela sempre uma forma de nacionalismo ou chauvinismo étnico. A distinção marcante é mesmo a secessão entre o povo moralmente puro e seus opositores, criando, nesse contexto, uma atmosfera antielitista⁸ e antipluralista.

Dessarte, o populismo é genericamente concebido como uma patologia da democracia. A grande maioria dos intelectuais políticos veem o populismo como uma ameaça ou uma forma degenerada da política democrática. Mas uma pergunta que não se pode ignorar surge dessa afirmação: se a democracia é regulada pelo povo, os populistas não são considerados democratas? Como não podemos acreditar nos populistas quando eles invocam a prerrogativa de falar em nome do povo e representar a vontade geral, por que se deve acreditar naqueles que alegam ser os verdadeiros democratas?

Malgrado o relevo da indagação, a distinção existe e merece registro. O que distingue os políticos democráticos dos populistas⁹ é que os primeiros fazem reivindicações de representatividade sob a forma de qualquer coisa como hipóteses que podem ser empiricamente desmentidas pelos resultados de procedimentos e instituições como, v.g., as eleições. Os democratas “apresentam postulações

⁵ Para o Cientista Político Cas Mudde, o populismo poderia ser uma resposta democrática iliberal a um liberalismo não democrático, e a despeito de ser visto como uma ameaça à democracia, pode também ser tratado como um corretivo para uma política que se tornou demasiadamente distante do povo. (MUDDE; KALTWASSER, 2013).

⁶ “Como se costuma dizer na Europa, está situado além da divisão Esquerda-Direita”. (URBINATI, 2019, p. 6).

⁷ A reivindicação nuclear do populismo é assim uma forma moralista de antipluralismo. Os atores políticos que não estejam comprometidos com esta reivindicação pura e simplesmente não são populistas. (MÜLLER, 2017, p. 36).

⁸ “Além de antielitistas, os populistas são antipluralistas. Os populistas pretendem que eles, e só eles, representam o povo”. (MÜLLER, 2017, p. 19).

⁹ Pode-se dizer que a democracia sofre “uma permanente crise de representação”. A democracia torna possível reabrir sempre e até colocar em termos inteiramente novos a questão do povo, tal como é sempre possível criticar as realidades de uma dada democracia em nome dos ideais democráticos. Por isso, são na realidade os populistas quem rompem com esta cadeia de reivindicações de representação ao asseverarem que o povo pode agora ser firmemente e concludentemente identificado. (MÜLLER, 2017, p. 84).

sobre o povo que se autolimitam e são concebidas como falíveis” (ESPEJO, 2015, p. 60). De outro vértice, os populistas persistirão na sua reivindicação de representatividade independentemente de qualquer coisa, aconteça o que acontecer, porquanto sua reivindicação é de natureza moral e simbólica, de modo que não pode ser desmentida. Quando na oposição, os populistas tendem a lançar dúvidas sobre as instituições que produzem resultados “moralmente errados”. Daí que podem ser descritos como “inimigos das instituições – embora não das instituições em geral. São meramente inimigos dos mecanismos que não ratificam a sua reivindicação de representatividade moral exclusiva” (MÜLLER, 2017, p. 53).

O governo populista exhibe, de forma mais marcante, três características: tentativas de sequestrar o aparelho de Estado¹⁰, corrupção e clientelismo de massas (benefícios materiais ou favores burocráticos em troca do apoio político dos que se tornam “clientes” dos populistas)¹¹, e esforços sistemáticos para reprimir a sociedade civil¹². É certo que muitos regimes autoritários farão o mesmo, a diferença é que os populistas adotam as práticas retrodescritas de forma aberta, e justificam a sua conduta alegando que só eles representam o verdadeiro povo e o fazem por razões de ordem moral superior¹³.

Portanto, o populismo existe onde quer que haja uma ideologia de ressentimento popular contra a ordem imposta à sociedade por uma classe dominante diferenciada e estabelecida há muito tempo, que se acredita ter o monopólio do poder, propriedade, criação e fortuna. Nessa esteira, tem-se que o populismo deve ser entendido como um tipo particular de fenômeno político em que as tensões entre a elite e as bases se agigantam. Assim sendo, parece iniludível que o populismo representa, em várias formas, os humores, os sentimentos e as vozes de significativos e distintos segmentos do público: não a opinião pública em

¹⁰ “O resultado final é que os partidos políticos (populistas) criam um Estado ao seu gosto político e à sua própria imagem política”. Isso por que, pela lógica populista, “o Estado pertence, por direito próprio ao povo; não lhe deveria fazer frente como se fosse um aparelho estranho – pelo contrário, o povo deve apossar-se dele com todo o direito”. (MÜLLER, 2017, p. 59).

¹¹ A despeito de tal prática não ser exclusiva dos populistas, mais uma vez o critério determinante e diferenciador é que os populistas “podem se entregar a tais práticas abertamente e com uma justificação moral pública, visto que para eles apenas alguns membros do povo são realmente o povo e merecedores do apoio do que é, por direito próprio, o seu Estado”. (MÜLLER, 2017, p. 60).

¹² “Apenas alguns devem desfrutar da total proteção das leis; aqueles que não pertencem ao povo ou, ainda mais, que possam ser suspeitos de trabalhar ativamente contra o povo devem ser tratados severamente. É isto o legalismo discriminatório, a opinião de que para os meus amigos, tudo; para os meus inimigos, o peso da lei”. (MÜLLER, 2017, p. 60). Exemplo é a Turquia de Recep Tayyip Erdoğan, que concede tratamento diferenciado a uma classe média que corporiza a imagem do “turco ideal”, devotamente mulçumano, em contraste com as elites ocidentais e secularizadas, em contraste com a atenção dispensada à minoria curda.

¹³ “Denunciar estas práticas pelo que são não é de modo nenhum prejudicial para os populistas como se poderia pensar, visto que eles afirmarão que estão apenas a pôr em prática uma verdadeira concepção de democracia”. (MÜLLER, 2017, p. 20; 58).

geral, mas sim aqueles segmentos que se sentem privados de alguma forma ou outra da trajetória de política governamental, que parece beneficiar outros menos dignos, mas não eles próprios. Fala especificamente para este grupo que se sente deixado de fora e, portanto, é um reflexo de seu sentimento de alienação e insatisfação (PRATT, 2007, p. 9).

Por tudo quanto foi exposto, a compreensão do populismo enquanto objeto da Teoria Política, em suas características alhures delineadas, constitui etapa de imenso valor que precede à eficiente exegese de sua manifestação na seara penal. Nada obstante, importa ressaltar, em síntese, que o populismo tem na representação direta a sua natureza, enquanto o seu direcionamento anti-establishment constitui o seu espírito (URBINATI, 2019, p. 190). Como fenômeno, foi capaz de mudar os termos do debate político, afastando-se para longe da política de consenso, onde os valores e aspirações do sistema eram de influência central, para uma política mais divisionista e sectária, mas também mais sintonizada com as ideias e expectativas do público em geral (PRATT, 2007, p. 12). E como um movimento de contestação à situação política existente mediante uma reinterpretação da democracia, o populismo justifica todas as preocupações e os desafios que ele mesmo – enquanto movimento fenomênico – faz surgir.

4.1 O POPULISMO PENAL: UMA DEFINIÇÃO POSSÍVEL?

Como destacado alhures, a despeito de todo um contexto e de todas as características que formam um padrão acerca do populismo em diversas democracias, o próprio termo “populismo”, em sua acepção ampla, é de difícil definição, ao menos em uma maneira precisa e incontestada. Isso ocorre porque não se trata de uma ideologia ou de um regime político específico, mas de um processo representativo, por meio do qual um sujeito coletivo é construído para poder alcançar o poder. Embora seja uma maneira de fazer política que pode assumir várias formas, dependendo dos períodos e dos lugares, o populismo é incompatível com formas não democráticas de política. Isso acontece porque se enquadra como uma tentativa de construir um sujeito coletivo através de consentimento voluntário das pessoas, como tentativa de questionar uma ordem social em nome dos interesses das pessoas (URBINATI, 2019, p. 5).

De acordo com o Oxford English Dictionary, populista é a política que busca representar os interesses e desejos das pessoas comuns que sentem que suas

preocupações são desconsideradas pelos grupos de elite estabelecidos. Existem dois jogadores predeterminados nessa definição: as pessoas comuns e as elites políticas estabelecidas. Nessa conjuntura, todos os líderes populistas se comportam da mesma forma, sejam ocidentais ou não. Dito isto, em sociedades que ainda não são totalmente democráticas, as ambições representativas dos líderes populistas podem subverter a ordem institucional existente (embora dificilmente possam tornar o país uma democracia estável). Foi o que ocorreu com o fascismo italiano na década de 1920 e com as formas de caudilhismo e ditadura que se observam em alguns países da América Latina (URBINATI, 2019, p. 6).

Feito, em apertado escorço, esse registro, indaga-se: como esse fenômeno repercute na criação e aplicação do Direito Penal – Substantivo e Adjetivo – nas democracias?

Cesare Beccaria, em sua já citada célebre obra *Dei Delitti e delle Pene*, propugnava que “para que toda pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada por Lei” (BECCARIA, 1998, p. 163).

Nos moldes da lição de Beccaria, como visto nos tópicos precedentes, em um Estado Social e Democrático de Direito, a intervenção Estatal na esfera da liberdade individual, pela via do Direito Penal, demanda a irretorquível observância de princípios de densidade constitucional, de respeito a uma Política Criminal pautada por estes princípios, e de uma convivência simbiótica e harmônica da pena – correspondente ao fato típico – que busque concomitantemente atingir finalidades retributivas e preventivas. Desse modo, não deve um Direito Penal que se propugne democrático encampar o tratamento de injustiças sociais como uma questão de mera legalidade ou de lei e ordem (ao arrepio, portanto, de questões subjacentes e que, conseqüentemente, solapam assuntos como redistribuição de riquezas e reenquadram problemas sociais graves, como o racismo e xenofobia mediante a mera aplicação da pena) (URBINATI, 2019, p. 193). Nada obstante, como é exatamente isso que vem ocorrendo, principalmente em democracias notadamente liberais (como, e.g., Estados Unidos da América e Reino Unido), importante uma reflexão sobre como o populismo tem repercutido no desenvolvimento da criminalização, em especial pela tendência ascendente da severidade penal e um recurso legislativo mais extenso à criminalização (LACEY, 2019, p. 88).

O Direito Penal, por excelência, cumpre função de ultima ratio (Princípio da Intervenção Mínima), enquanto direito de proteção. Só se justifica quando invocado a proteger bens jurídicos (Princípio da Exclusiva Proteção do Bem Jurídico como norte de Política Criminal) e se não for possível o manejo de instrumentos oriundos de outro ramo do Direito igualmente eficazes, mas notadamente menos violentos do que as sanções criminais. Nesse diapasão, tendo o Direito Penal as facetas da Fragmentariedade e da Subsidiariedade, a defesa dos bens jurídicos por este ramo da Ciência Jurídica há de ser sempre o último recurso.

No contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, a construção do Direito Penal (e Processual Penal) e sua aplicação dá-se pelas instituições. Sejam os Poderes do Estado, sejam os partidos políticos e os agentes que estão à sua frente, é dever das instituições democráticas conceder respostas sólidas às expectativas geradas pela principiologia que rege o Direito Penal Democrático, de modo que o Sistema Penal seja compreendido em uma dimensão mínima, mas ao mesmo tempo efetiva¹⁴.

Dessarte, são as instituições políticas inclusivas que serão de fato decisivas para o sucesso de um estado-nação, desempenhando funções relevantes para o fortalecimento das bases que solidificam as importantes democracias contemporâneas. Entretanto, ao revés desse propósito, e como textualizado alhures, surge uma sombra permanente desta mesma democracia (conforme pensamento de Jan-Werner Müller), designada por populismo, que corrói estas vigas mestras edificadas por instituições políticas e que é levada a efeito, via de regra, por políticos anti-establishment, afirmando representar a verdadeira “voz do povo”, e sob este traje deflagram uma guerra contra o que descrevem como uma elite corrupta, conspiradora, antidemocrática e antipatriótica, além de usurpadores da “democracia de verdade”. Para atingir esse intento, os populistas investem frequentemente contra as instituições democráticas, e as primeiras a terem sua legitimidade questionada são os partidos políticos (LEVITSKY; ZIBLAT, 2018, p. 32).

Não se refuta a existência de asserções no sentido de que os partidos políticos dificultariam o funcionamento da democracia, pressionando os representantes a adotarem posições que de outra forma teriam rejeitado. Entretanto, há que se reconhecer que se o populismo apresenta uma ameaça ao bom funciona-

¹⁴ Ad argumentandum, em entrevista, o Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Luís Roberto Barroso, afirmou que “perverso é o sistema penal que não funciona” e que “o sistema penal que funciona evita a perversidade e diminui o índice de criminalidade. Funcionar dentro das regras do jogo” (CONJUR, 2020).

mento dos partidos políticos, o bom funcionamento dos partidos políticos ameaça correspondentemente o populismo. Essa aparente contradição – da existência e funcionamento dos partidos políticos – em verdade é sua virtude, quando se concebe a democracia como um “jogo de equipe”, contexto no qual os partidos políticos são necessários e indispensáveis ao bom funcionamento da democracia (BARBER, 2019, p. 134).

Dessarte, sendo “os partidos políticos os guardiões da democracia” (LEVITSKY; ZIBLAT, 2018, p. 31), em sua forma moderna são, como já destacado, necessários para o funcionamento de um regime democrático representativo dentro de um eleitorado de massa. Criam estas instituições estruturas que permitem ao legislador controlar o executivo, além de poder envolver-se com o eleitorado. No seio desse silogismo é que, a despeito de não ser propriamente democrático banir partidos ou candidatos de participarem do jogo democrático e de concorrerem as eleições, é de bom alvitre (para não dizer bastante recomendável) que os “partidos resistam à tentação de nomear extremistas para cargos de escalão superior, mesmo quando eles tenham potencial de captar votos” (LEVITSKY; ZIBLAT, 2018, p. 34).

Nada obstante a essa importante característica dos partidos políticos – de ocupar um relevante espaço entre os cidadãos e os líderes, percebe-se haver justamente a ascensão do populismo em países onde o sistema partidário afigura-se fraco e vulnerável. A ausência de um sistema partidário que funcione bem pode contribuir para o aumento do populismo, enquanto um sistema partidário em decadência pode se tornar vulnerável às suas tentações. Assim, se um sistema partidário vibrante e efetivo demanda do líder populista o debate de temas e a formulação de compromissos, a ausência de um sistema partidário robusto abre largos flancos para o crescimento de políticas baseadas na personalidade do líder populista (BARBER, 2019, p. 136). O resultado dessa conjuntura é a corporificação de verdadeiros partidos populistas, centrados no suporte de seu líder – com o perdão do pleonasma – populista (BARBER, 2019, p. 137).

Assim, que tipo de intervenção estatal pela via do Direito Penal se concretiza em um ambiente com sistema partidário desfragmentado e de certa forma fragilizado? Quais são os limites que se colocam à frente do líder e/ou do partido com feições populistas no tocante à agenda legislativa penal?

Para a compreensão dessa questão, faz-se necessário estabelecer a relação que há entre a democracia e o Direito Penal, que, a jusante, resultará no Direito Penal Democrático que se propugna defender e afastá-lo de incursões que o populismo – in casu penal – objetiva fazer.

Na esteira do colocado supra, impende destacar que há considerável consenso entre comentadores no sentido de que o populismo é intrinsecamente hostil aos mecanismos e, em última instância, aos valores vulgarmente associados ao constitucionalismo: limites à vontade da maioria, freios e contrapesos, proteção das minorias e até direitos fundamentais. Demais disso, os populistas são também impacientes com os procedimentos e costuma-se dizer que são “contra as instituições como tais”, preferindo, como dito, uma relação direta, sem mediação, entre o líder pessoal e o povo (desprezando os partidos ou o sistema partidário como instituições políticas que colaboram para o processo decisório)¹⁵. Nesse particular, na seara do debate entre o constitucionalismo liberal e o populismo, Jan-Werner Müller vê como mais marcante característica a imposição do populismo como impreciso substituto de participação cívica ou mobilização social, que inversamente enfraquece o poder do Juízes e outras elites ligadas ao sistema de justiça¹⁶. Nessa esteira, como o Estado de Direito não apenas restringe, mas possibilita o poder governamental, o populismo precisa dele. Assim, o judiciário e outros organismos de controle precisam ser cooptados, por meio de pacotes judiciais, intimidação do judiciário e outros meios. É o “constitucionalismo abusivo” ou “discriminatório” ou o “legalismo autocrático”, em que a própria lei é usada para perseguir minorias e punir dissidentes, reforçando o poder executivo como vontade do povo. Isso pode levar a um “Estado de Leis” ao invés de “Estado de Direito” (LACEY, 2019, p. 81).

Dentro da noção de populismo penal, há, iniludivelmente, correntes que pretendem assinalar que o Direito Penal tome a forma que a cidadania reclama, particularmente por intermédio das vozes mais salientes ou ressonantes, que são geralmente das vítimas de crimes e seus parentes¹⁷. Nessa perspectiva, a ideia de democracia que os populistas ou “neopunitivistas” sugerem é tão caren-

¹⁵ Para Tocqueville, o germe da tirania poderia ser encontrado sempre que ao povo fosse concedido o direito de tudo fazer. (TOCQUEVILLE, 1998, p. 194).

¹⁶ A título exemplificativo do colocado, na Hungria, o processo de construção da nova Lei Fundamental incluiu a limitação de idade e requisitos para os Juízes, tudo com o objetivo de remover profissionais não alinhados com o partido populista no governo – e, conseqüentemente, a perpetuação dos populistas no poder, além de alterar competências e a estrutura do Tribunal Constitucional. (MÜLLER, 2017, p. 74/77). Sobre a nova Constituição Húngara: (SZABO, 2011).

¹⁷ Antônio de Araújo destaca que “o aumento do nível de vida das classes médias proporcionou-lhes um acesso a bens de consumo apetecíveis para delinquentes, que até aí actuavam apenas junto dos estratos mais baixos ou marginais da sociedade, existindo, por assim dizer, uma democratização da vitimização” (ARAÚJO, 2009, p. 766).

te de fundamentação que deveria mesmo ser inaceitável (especialmente para aqueles que pensam em uma noção mais robusta e exigente da democracia, como a relacionada com a deliberação coletiva): fundamentalmente, trata-se de uma proposta onde a democracia parece assimilar-se ao que clama o povo (como, v.g., aquilo que se conversa na ruas), ou com aquilo que o povo reclama ou demanda (de regra, logo após a prática de um crime grave). O Direito Penal, de acordo com essa ideia, deve seguir o ritmo (alarmado) imposto pelas demandas dos cidadãos, expresso, e.g., por meio de pesquisas periódicas (GARGARELLA, 2007, p. 127).

No populismo lato sensu (e por que não no populismo penal), a ênfase em um único bem, que é claramente compreensível para o senso comum e capaz de ser articulado como política singularmente correta que pode ser coletivamente desejada, explica, pelo menos em parte, por que razão o populismo é tantas vezes associado à ideia de ultrassimplificação dos desafios políticos, distante da percepção de uma democracia deliberativa que remete a um ideal – a um ideal regulativo. Dessarte, àqueles que propõem uma justificativa epistêmica para a democracia, questões relativas a princípio de justiça não devem depender de aspirações particulares, mas devem ser objeto de um debate coletivo, no qual todos, mas especialmente aqueles que serão particularmente afetados pelas ditas normas, devem ter a oportunidade de testar e corrigir suas ideias com os demais (GARGARELLA, 2007, p. 128). Por isso é que o conflito entre populismo e democracia é evidente e, como já sintetizou uma vez Ralf Dahrendorf, o populismo é simplista em sua compreensão e ilação das soluções, ao passo que a democracia é complexa (DAHRENDORF apud MÜLLER, 2017, p. 27).

Dentro dessa implexa realidade, como o populismo distorce o processo democrático, e tendo o partido governante, via de regra, maioria suficiente, há um ambiente propício à criação de condições para se apropriar do Estado¹⁸ e devolvê-lo aos “verdadeiros cidadãos” (inclusive à promulgação de uma nova Constituição) (COSTA, 2017), por oposição às elites que supostamente roubaram ao povo o seu próprio país (MÜLLER, 2017, p. 70). Essa conjuntura sem dúvida pode legitimar a confecção de um novo arcabouço jurídico-penal à luz e sob as premissas de uma nova ordem política populista em vigência¹⁹, que co-

¹⁸ Jan-Werner Müller sustenta que Viktor Orbán, Presidente Húngaro, capturou a democracia por intermédio de um partido único e remodelou todo o sistema político em seu favor (MÜLLER, 2017, p. 72).

¹⁹ O populismo penal entende o crime como “um facto social normal cuja ocorrência deve ser evitada não através de programas grandiloquentes de regeneração da sociedade a longo prazo, mas por meio de estratégias simples de prevenção dos factores que potenciam situações criminosas”, sendo um traço bastante característico a “menor influência

loca em risco a democracia e põe em perigo também a legítima aplicação da Lei penal, que só é autêntica e digna de nobreza no contexto de uma democracia pulsante e saudável.

Não por outra razão, as soluções sugeridas pelo “populismo” ao avanço da criminalidade, por exemplo, baseiam-se na absoluta ausência de debate; eles desempenham o papel quase exclusivo das vítimas no desenho de respostas criminais²⁰; patrocina o (consequente) silêncio dos sujeitos que são o principal objeto da censura criminal; e inquestionavelmente assumem um ponto de partida marcado de forma decisiva pela existência de fortes desigualdades materiais. Essas soluções estão longe das que poderiam ser propostas a partir de uma concepção deliberativa e, por esse motivo, devem ser apontadas como soluções que dificilmente podem ser creditadas com o adjetivo “democrático” (GARGARELLA, 2007, p. 128).

Por isso, para resistir às soluções simplistas propostas pelo populismo penal, deve-se invariavelmente destacar o que parece óbvio, isto é, que os problemas sociais não deveriam ser tratados unicamente pela via do Direito Penal, mas preponderantemente por políticas sociais (ou seja, um Direito Penal fragmentário e subsidiário, que intervenha minimamente na esfera da liberdade individual). Nessa esteira, as respostas criminais que conhecemos (v.g. prisão), de natureza excludente, tendem (quando exclusivas para a solução dos problemas que se apresentam e desconectadas de outras ações) a ser ineficazes com relação aos propósitos que elas propõem (reduzir o crime, induzir o delinquentes a não reincidir), ao mesmo tempo em que são desagradáveis para aqueles que partem de uma visão republicana da sociedade - isto é, um olhar preocupado com a integração da comunidade e a força dos laços sociais (GARGARELLA, 2007, p. 129).

Em que pese a construção exegética procedida até aqui, não se pode perder de vista o objetivo do labor em curso: a busca por uma definição do que seria o populismo penal. Não há dúvidas de que um Direito Penal Democrático

de especialistas (v.g. juristas) no desenho dos sistemas penais, em contraste com o acréscimo da intervenção autônoma dos decisores políticos nas opções jurídico-criminais, com apoio em organizações para-governamentais ou estruturas de aconselhamento representativas da sociedade civil”. (ARAÚJO, 2009, p. 766-768). Na mesma esteira, ao analisar como o Canadá tem resistido ao populismo penal, John Pratt destaca que “os governos canadenses, pelo menos, têm fé em seus especialistas locais e estão preparados para olhá-los internamente para fornecer soluções para os problemas penais. Isso contrasta com as tendências nas sociedades em que o populismo penal é forte: lá, a expertise provavelmente será rebaixada e o sentimento e a opinião públicos desinformados receberão mais peso” (PRATT, 2007, p. 155).

²⁰ Para Germano Marques da Silva, o populismo penal, ao obrar no sentido de reposicionar o centro gravitacional do Direito Penal para a vítima, acaba por dar ensejo a uma nova perspectiva hermenêutica, precisamente a de mitigar a relevância de princípios fundamentais como a prescrição dos procedimentos, a presunção de inocência e o direito ao silêncio, agora considerados excessivos (SILVA, 2016, p. 517).

é afetado pelo populismo quando se afasta da principiologia, de regra constitucional, que orienta sua construção, aplicação e aperfeiçoamento. Nada obstante, afigura-se plausível conceber que, assim como foi feito em relação ao populismo lato sensu, desponta prudente, antes, analisar o que o populismo penal faz, em particular como incide na reconfiguração dos procedimentos e das instituições de uma democracia representativa (URBINATI, 2019, p. 7), para então almejar uma definição.

Nessa senda, no campo penal, a expressão “populismo” vem sendo utilizada para designar uma específica forma de exercício (e de expansão) do poder punitivo²¹, caracterizada pela instrumentalização ou exploração do senso comum, da vulgaridade e da vontade popular²². É equivocado simplesmente equiparar populismo penal com punitivismo, mas não há erro em tê-lo como sinônimo de hiperpunitivismo, de uma “economia penal excessiva” ou grotesca, desnecessária, abusiva, que escamoteia a vontade popular, passando-lhe a ilusão de solução de um problema extremamente complexo (GOMES; ALMEIDA, 2017).

Como visto, a simplificação do problema é uma marca do populismo. Sob este enfoque, quando se assume a noção da existência do “populismo penal”, identifica-se naturalmente que a política penal se configura na adoção de leis repressivas, tanto de natureza substantiva como adjetiva, sustentadas em finalidades políticas e eleitorais, concretamente para responder a uma determinada franja eleitoral²³, com o objetivo de aumentar o capital político de quem as aprova²⁴, sem levar em consideração a sua eficácia e os seus efeitos mas, sobretudo, sustentadas numa mediatização dos fenômenos judiciais. Nessa perspectiva, a política criminal de dimensão populista utiliza o Direito Penal como instrumento,

²¹ Hans Kelsen insistia que a vontade de um Parlamento eleito não era de per se a vontade popular, e que uma coisa como uma vontade popular categórica era de fato impossível de discernir. Nada era possível além de se verificar resultados eleitorais, e tudo o mais, segundo Kelsen (em particular uma unidade orgânica do “povo” da qual se pudesse inferir um interesse acima dos partidos), não passava de uma “ilusão metapolítica” (MÜLLER, 2017, p. 43).

²² “Grande parte da população reage negativamente perante os crimes e os criminosos e na maioria acredita que o problema da criminalidade se agrava constantemente e que é preciso pôr-lhe cobro por uma intervenção oficial mais musculada. Sucede também, em geral, que os cidadãos são desconfiados em relação às coisas que escapam à sua compreensão. E porque os caminhos da justiça são estranhos, a confiança, perante as instituições é frágil e volátil”. (SILVA, 2016, p. 514).

²³ Outro traço característico do populismo penal é a “adoção errática e avulsa de opções de política criminal determinadas por casos concretos de especial dramaticidade e impacto junto da opinião pública ([...]; a primeira lei three strikes and you’re out foi aprovada em referendo na Califórnia após o rapto e o homicídio de Polly Klass)”. (ARAÚJO, 2009, p. 769).

²⁴ “Numa análise de custo-benefício, o político pouco ou nada perde se votar a favor de um projeto dessa natureza, em princípio por dois fatores centrais: 1. Evita o descontentamento desse movimento populista, que pode identificá-lo e expô-lo aos meios de comunicação que apoiam o protesto, fazendo com que perca credibilidade e votos futuros; 2. O aumento das penas acaba sendo a solução mais econômica em termos de política criminal. Além do mais, na verdade não tem custo, apenas o papel de imprimir a nova lei. A questão seria mais complexa se as soluções propostas implicassem em algum grau de disponibilidade de fundos do Estado” (BEADE, 2010, p. 63).

não tanto para responder à tutela de bens jurídicos, mas antes para fazer prevalecer uma certa forma de “simbologia penal de governação”, utilizando para isso, ainda que indiretamente, o sistema de justiça (LOPES, 2017, p. 801).

Com esse distanciamento progressivo das balizas que delimitam um Direito Penal democrático, o populismo penal ostenta distintivamente três componentes intrínsecos que caracterizam sua narrativa ideológica: a transformação do papel atribuído à prisão (ou ao cárcere) de reabilitadora a exclusivamente repressora, a ampliação da importância da opinião das vítimas e a politização e o uso eleitoral do tema “insegurança”. Dessarte, a prisão para o populismo penal é a única instituição capaz de incapacitar o criminoso como mecanismo de controle social ante o incremento das desigualdades econômicas e sociais. O delinquente deixa de ser visto como socialmente desfavorecido e marginalizado e passa a ser tratado como alguém que persegue racionalmente seus desejos egoístas e imorais à custa dos legítimos interesses dos demais cidadãos²⁵. Na mesma esteira, o discurso da vítima volta a ter protagonismo. Abandona-se a submissão dos interesses da vítima sob os interesses públicos e são suas reivindicações as que guiam o debate político-criminal. Por fim, a politização e o uso eleitoral do tema insegurança consiste em utilizar essa questão como “arma política” para corroer o partido oponente, com o fim último de obter benefícios eleitorais. Assim, a classe política obtém benefícios ao utilizar critérios nitidamente populistas na esfera do Direito Penal: atender com imediatismo as demandas da opinião pública; oferecer a imagem de que os políticos têm capacidade de resposta aos problemas; e conceder um tranquilizante psicológico de que os problemas estão sendo resolvidos, quando amiúde se ocultam as causas estruturais que dão azo ao que alegam dizer enfrentar (ANTÓN MELLÓN; ROTHSTEIN PÉREZ; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, 2016, p. 156).

Parece também inquestionável que o populismo penal tem uma correlação com uma espécie de messianismo. Em nome do bem (v.g., segurança, defesa social, proteção da sociedade) há uma prática iterativa que avaliza um sistema punitivo não tanto por ser mais expansivo, mas por se distanciar deliberadamente das premissas democráticas constitucionalmente erigidas e densificadas

²⁵ Antônio de Araújo pondera que “o problema está em perceber que a ideia de uma escolha racional, se levadas às últimas consequências, pode ser um importante ponto de apoio teórico para uma política criminal repressiva. Se o delinquente actua como um qualquer empresário, deixa de poder invocar em seu apoio circunstâncias que o compeliram à prática do crime, como sua origem social, a dependência de drogas, o facto de estar desempregado. Se um acto criminoso é inteiramente racional, então é mais livre do que julgávamos. E, sendo mais livre, deve ser punido com maior severidade, deixando de valer os tradicionais ‘álibis’ de distúrbios psicológicos, de envolvimento em subculturas criminosas ou de inadaptação ao meio social”. (ARAÚJO, 2009, p. 776).

que guiam o presente e o futuro da Ciência Criminal na democracia. Esse afastamento se materializa em um contexto em que o populismo penal fala sobre a maneira como criminosos e prisioneiros são considerados favorecidos às custas particularmente das vítimas de crimes e do público em geral que cumpre a lei. Esse fenômeno se alimenta de expressões de raiva, desencanto e desilusão com o sistema de justiça criminal, e responsabiliza isso pelo que parece ter sido uma “inversão insidiosa das prioridades do senso comum: proteger o bem-estar e a segurança das ‘pessoas comuns’ que cumprem a lei, punindo aqueles cujos crimes as comprometem” (PRATT, 2007, p. 15).

Como o populismo (e o populismo penal) cresce e se desenvolve na democracia, não é menos democrático dizer que o fenômeno em esboço surge de algum setor da sociedade com a intenção de impor uma certa política criminal, seja por meio de uma reclamação específica sobre certos crimes, quanto por uma maior demanda (mais uma vez com o perdão da tautologia) por “segurança”. Tome-se como exemplo um ato criminoso grave e disseminado pelos meios de comunicação de massa. Há a incontinenti propagação das manifestações das vítimas, que são (ao alvedrio de um raciocínio crítico) levadas em consideração e são geradas numerosas pesquisas de opinião que têm uma única pergunta oferecida - geralmente - sujeita a uma resposta afirmativa ou negativa, do tipo “você se sente inseguro?”. Assim, um certo “descontentamento geral” que se manifesta nesses reclamantes é rapidamente amplificado pela mídia e capitalizado pelos políticos²⁶ que pensam em futuras campanhas eleitorais – e certamente usarão fatos dessa envergadura como instrumento (BEADE, 2010, p. 56).

Não se pretende descortinar um abolicionismo como alternativa ao populismo penal. Há evidentemente contextos criminais e criminológicos que, aliados aos já estudados princípios que regem a construção de uma política criminal democrática, justificam uma expansão do Direito Penal, haja vista que as políticas penais são moldadas por uma gramática simbólica das formas culturais, bem como pelas dinâmicas mais instrumentais da ação social, de modo que, ao analisar a punição, é necessário contemplar os padrões de expressão cultural e a lógica do interesse material ou controle social (BEADE, 2010, p. 57). Cite-se como exemplo a tutela penal conferida aos casos que envolvem violência do-

²⁶ “Nada é mais preciso a certos políticos para, farejando a emoção popular e o seu medo pela insegurança real ou induzida, ajustar as respostas legislativas. O populismo penal de certas ideologias aproveita do medo e reflexo punitivo dos cidadãos para recolher apoios favoráveis à lei e à ordem; atentos aos sentimentos dos eleitores, endurecer a lei não custa nada e dá grossos dividendos”. (SILVA, 2016, p. 514).

méstica e familiar, com a criação de novos tipos penais e o recrudescimento das penas. Não se desmerece a incidência do Direito Penal nestes graves contextos de violência a que muitas vítimas estão submetidas. Nada obstante, ao contrário desta analogia, tem-se que, no populismo penal, como fenômeno recente que é, há um descolamento desse raciocínio, já que as políticas criminais são implementadas com cada vez menos discussão, e sob o bastião do líder populista que dialoga diretamente com o pretense verdadeiro povo.

Portanto, em verdade, o populismo penal propõe a construção e aplicação instrumental do Direito Penal com objetivos moralísticos, a partir da pressuposição de que aqueles que participam ativamente do desenho do arcabouço jurídico penal, além daqueles que aplicam as penas, são moralmente superiores aos designados “sujeitos desviados”. Seria como se “existisse um enorme abismo entre as expectativas penais do público em geral e as políticas e práticas das autoridades de justiça criminal” (PRATT, 2007, p. 15). Tal situação desponta antidemocrática, mas, antes, antirrepublicana, uma vez que recategoriza o status dos cidadãos, promovendo a exclusão de parcela da sociedade e privando-os de sua condição de igual (GARGARELLA, 2007, p. 129). Assim, o crime como fato típico e a pena a ele associada, quando conseqüências de um populismo penal ou punitivista, apresentam o seguinte paradoxo: pretendem remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa, em parte, da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva (WACQUANT, 2011, p. 9). E por assim ser, afasta-se da base principiológica que dá embasamento a sua existência sólida na democracia (repise-se, intervenção mínima, da culpa, da necessidade da pena).

A geração atual de juristas, precisamente a geração do pós guerra, foi educada na ideia de que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa à proteção de bens jurídicos e à reintegração do agente do crime na sociedade, e que a determinação da medida da pena é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, sendo a culpa o limite da pena. Nessa esteira é que estes ideais, que constituíram o ideal dos iluministas, fundadores do Direito Penal moderno, foram retomados com o restabelecimento dos regimes democráticos e a afirmação do valor universal dos direitos humanos, proclamados nos textos internacionais e nas constituições democráticas que os seguiram, após a barbárie que dominou a Europa continental na primeira metade do século XX como expressão dos diversos totalitarismos políticos (SILVA, 2016, p. 515).

É um erro, portanto, conferir legitimidade ao populismo penal, enquanto fenômeno deturpador das bases sólidas de um Direito Penal Liberal, por se apresentar democrático ou, em suas palavras, por ser a vontade do verdadeiro povo. É infundado pressupor que, enquanto o poder de arquitetar o Direito Penal for conferido por vias democráticas, ele não poderá ser arbitrário, pois não é a fonte do poder, mas a limitação do poder que impede que este seja arbitrário. É ilusória a crença de que, enquanto a vontade da maioria for a fonte suprema do poder, ela não possa ser arbitrária (HAYEK, 2010, p. 86).

A democracia “não assenta apenas no voto majoritário dos cidadãos; a regra da maioria é apenas um dos pilares do ideal democrático. O outro pilar é o respeito dos direitos naturais ou, na expressão mais moderna, dos direitos humanos” (SILVA, 2016, p. 519). Sem o limite dos direitos humanos, a pura regra da maioria pode conduzir-nos à tirania, onde vigoraria um Direito Penal sem equilíbrios ou equivalências.

Diante do estudado nos tópicos precedentes, e da empreitada desafiadora de se estabelecer, ainda que proximamente, um conceito de populismo penal, importante enfrentar a questão que se encontra à montante da definição almejada: é possível obter ou alcançar os fins do Direito Penal pela via do populismo penal ou de um Direito Penal simbólico? De toda sorte, parece incontroverso que o populismo penal é um movimento fenomênico que corrói e deteriora princípios de densidade e solidez constitucional que deveriam nortear as sociedades de Estados que se proclamam sociais e democráticos de Direito. Tal se dá pela via da expansão do Direito Penal e do recrudescimento das penas atribuídas aos crimes no contexto de uma percepção distorcida da democracia, em que a formulação das políticas criminais e a elaboração das Leis Penais acabam por encampar acepções moralísticas em parte geradas pela frustração de uma coletividade ressentida, e que acontecem em um ambiente político desprovido de maior debate e crítica (geralmente no contexto de uma grave deterioração da representação partidária e, portanto, da democracia representativa), potencializando o efeito puramente retributivo das penas, e dirigido contra um inimigo permanente e cuja existência justifica a hegemonia direta e militante do povo – o “verdadeiro povo”.

Assim, parece incontroverso que o conceito de populismo penal, nos moldes do proposto no parágrafo retro, encontrou seu caminho no discurso cotidia-

no e está sendo abordado neste nível por políticos, jornalistas e outras pessoas importantes nas democracias (PRATT, 2007, p. 179). Nada obstante a isso, é preciso ter em mente que seu progresso nas sociedades pode ser evitado, ainda que seja ao mesmo tempo inquestionável que não existe imunidade que possa ser obtida por uma sociedade em face do populismo penal (PRATT, 2007, p. 172). Não se afigura impossível que a ordem jurídico-penal repreenda o crime e ao mesmo tempo seja justa com o criminoso, assim como o delinquente tenha direitos e possa exercer a sua defesa sem que tal represente leniência ou aceitação da danosidade do ato que levou a efeito (ARENDRT, 1999, p. 282). Somente um debate público sério sobre os assuntos penais (haja vista que o populismo penal se baseia amiúde em suposições palpavelmente falsas como, *v.g.*, instalações penitenciárias confortáveis, justiça criminal leniente, aumento das taxas de criminalidade) pode conduzir ao aumento de uma consciência pública na matéria, a fim de que essas barreiras impeçam o populismo penal de seguir seu curso e alimentar-se de tudo o quanto seja necessário para atingir seu fim último, com a total corrosão das bases de um Direito Penal democrático.

5 CONCLUSÃO

O populismo é um tópico estudado com profundidade na seara acadêmica, um interesse que reflete o aumento do número de Estados que são conduzidos por líderes populistas ou que exibem tendências populistas. Embora o diagnóstico do problema seja complicado, mais difícil ainda é a identificação de uma solução definitiva. Existe uma ampla gama de medidas possíveis a serem tomadas para impedir o surgimento de líderes populistas e a implementação de suas políticas, inclusive, conforme debatido, sob a ótica do Direito Penal – substantivo e adjetivo – à sombra do populismo penal.

Uma política criminal da tutela do bem jurídico à luz da premissa da intervenção mínima, que busque concretizar o castigo mediante a imposição da pena, mas ao mesmo tempo almeje tornar reais finalidades preventivas, foram e são as bases para a edificação de um Direito Penal democrático, da mesma forma que são o horizonte de preservação do *Rule of Law*, em que, simultaneamente, as liberdades e os bens jurídicos são preservados.

O populismo penal, cujas pautas são levadas a efeito a partir de uma distorção da democracia, obtém êxito em contextos em que o centro de gravidade

do Direito Penal é deslocado quase que despoticamente pelo “verdadeiro povo” (cujo discurso é vocalizado pelo líder populista) das bases democráticas para um lugar onde a resolução simplista de problemas complexos, via o fomento do efeito retributivo das penas, com a consequente aniquilação dos efeitos preventivos, leva a um perigoso reducionismo da acepção da Ciência Criminal e sua importante função na sustentação de um Estado Democrático de Direito.

Como contextualizado, a idealização de um conceito auxilia proficuamente a compreensão e o enfrentamento dessa séria e profunda adversidade que desafia as democracias. Entretanto, ainda que tortuoso o caminho para a concepção da essência do fenômeno, uma definição que se proponha a delimitar esse evento sintomático que surge, em certa medida, em uma democracia afligida pelo populismo, deve levar em consideração a condição de que o populismo penal tem tido sucesso quando a formulação de políticas criminais sob percepções moralísticas sobrepujam as facetas fragmentária e subsidiária próprias de um Direito Penal democrático, e onde o enfoque no efeito retributivo das reprimendas mediante a priorização no cárcere resolveria apriorística e descomplicadamente o problema da insegurança.

Iniludível que o interesse pelo populismo penal, seu contexto, causas e consequências, tem sua razão de existir. Quando a ausência de debate e o pensamento crítico desaparecem, cedendo lugar ao medo primitivo e aos anseios de uma parcela autodeclarada majoritária, a coerção e a opressão estatal entram de bom grado, geralmente pela porta da frente.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ANTÓN MELLÓN, Joan; ROTHSTEIN PÉREZ, Pedro Andrés; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma. Populismo punitivo: discursos que acompañan normas y políticas. In: GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord). **La cárcel díspar**: retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2016, p. 155-176.

ARAÚJO, Antônio de. O populismo penal: algumas notas. In: DIAS, Augusto Silva et al (org.). **Liber Amicorum de José de Sousa Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 763-776.

BARBER, N. W. Populist leaders and political parties. **German Law Journal**, Cambridge University Press, Cambridge, v. 20, n. 2, p. 129-140, abr. 2019,

BEADE, Gustavo A. El Populismo Penal y el Derecho Penal Todoterreno en la Argentina. **Revista Derecho Penal y Criminología**: Bogotá (Colômbia), Universidad Externado de Colombia, v. 31, n. 90, p. 55-70, jan./jun. 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CONJUR. Garantismo à brasileira é feito para o processo prescrever ou ser anulado, diz Barroso. **Revista CONJUR**, 21 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/garantismo-brasileira-processo-prescrever-ou-anulado>. Acesso em: 19 maio 2020.

COSTA, Andreia Martins. Turquia: nova constituição pode pôr fim à democracia: revisão constitucional facilitaria a consolidação do poder de Erdogan, retirando a Turquia da coluna democrática. **Jornal Econômico**. 23 jan. 2017. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/turquia-nova-constituicao-pode-fim-democracia-114277>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.) **Proble-**

mas actuaes del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008.

ESPEJO, Paulina Ochoa. Power to Whom? The people between Procedure and Populism. In: DE LA TORRE, Carlos (coord.) **The Promise and Perils of Populism: global perspectives.** Lexington: University Press of Kentucky, 2015, p. 59-80.

GARGARELLA, Roberto. "Neopunitivismo" y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,** Buenos Aires, ano 8, n. 1, p. 127-132, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e Direito Penal crítico.** 1. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Luis. Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul. 2004.

HAYEK, Friederich August von. **O caminho da servidão.** 6. Ed. São Paulo/SP: Instituto Ludwig von Misses Brasil, 2010.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Marcial Pons, 2019. Tradução da 2. edição alemã e comentários de adaptação para o Direito brasileiro: Orlandino Gleizer.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

LACEY, Nicola. Populism and Rule of Law. **Annual Review of Law and Social Science,** Palo Alto, California, v. 15, p. 79-96, out. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Tradução da 1. ed. em inglês: Renato Aguiar.

LOPES, José Mouraz. A contaminação do sistema penal português pelo populismo penal. In: Faria Costa, José et al (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, p. 797-811.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**: Concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: B. de F. Editorial, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel Editorial, 1994.

MÜLLER, Jan-Werner. **O que é o populismo?** Alfragide: Editora Texto, 2017.

MUÑOZ LORENTE, José. Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Rioja (Espanha), v. 6, p. 103-131, jul. 2001.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, C. Rovira. (Eds.). **Populism in Europe and Americas: Threat or Corrective for Democracy?** Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal**: conceito material de crime, princípios e fundamentos. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 160/2020 proferido no Processo nº 9/2020**. Relator Conselheiro: José Antônio Teles Pereira, Lisboa, 4 de março de 2020. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200160.html>. Acesso em: 5 maio. 2020.

PRATT, Jonh. **Penal Populism**. Nova Iorque: Routledge, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Germano Marques da. Populismo Penal: a retribuição outra vez? In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord). **Liber Amicorum**: Manuel Simas Santos. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 513-522.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

SZABO, Bernadett. Hungria aprova nova constituição: Lei Fundamental prolonga poder do Fidesz. **Público**. 18 abr. 2011. Disponível em: <https://www.publico.pt/2011/04/18/mundo/noticia/hungria-aprova-nova-constituicao-1490385>. Acesso em: 27 abr. 2020

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

URBINATI, Nadia. **Me The People** – how populism transforms democracy. Londres: Harvard University Press, 2019.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A trilogia liberdade-justiça-segurança: contributos para a reconstrução do conceito de espaço penal europeu. In. BRANDÃO, Ana Paula (coord.). **A luta contra o terrorismo transnacional**: contributos para uma reflexão. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 65-77.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal** – parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.