

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV  
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**HALLEY JHASON MEDEIROS MENDES**

**FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E A QUESTÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA:  
O ENCARCERAMENTO EM MASSA COMO UMA CONSEQUÊNCIA DO NÃO  
RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE DO PRESO E DE SUA CONDIÇÃO  
DE CIDADANIA.**

VITÓRIA  
2017

HALLEY JHASON MEDEIROS MENDES

**FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E A QUESTÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA:  
O ENCARCERAMENTO EM MASSA COMO UMA CONSEQUÊNCIA DO NÃO  
RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE DO PRESO E DE SUA CONDIÇÃO  
DE CIDADANIA.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor **Thiago Fabres de Carvalho**.

VITÓRIA  
2017

HALLEY JHASON MEDEIROS MENDES

**FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E A QUESTÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA:  
O ENCARCERAMENTO EM MASSA COMO UMA CONSEQUÊNCIA DO NÃO  
RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE DO PRESO E DE SUA CONDIÇÃO  
DE CIDADANIA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em                      de março de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Humberto Ribeiro Junior  
Universidade de Vila Velha

A qualquer pessoa que busque identificar o que ainda há de humano na  
humanidade.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, razão da existência.

A Brunelle, pelo companheirismo. A família, pela compreensão com minha ausência.

Ao professor Thiago Fabres de Carvalho, pela sempre certa orientação (ainda que por caminhos não tão óbvios). E aos professores do programa que, de uma forma ou de outra, acabaram por contribuir com esse trabalho.

A João, por suas sempre precisas colocações e críticas.

Aos colegas de turma, em especial Sâmela, Shayene, Paulo Vitor, Itamar-o-“mito”, Wagner, Rodrigo e Laura. Aos colegas de GP Bruno Gadelha e Lucas Kaiser. Todos vocês tornaram esses dois anos vivíveis e mais agradáveis.

“Entende-se o Hamlet? Não é a dúvida, é a certeza que enlouquece”

Nietzche

**RESUMO:** Um dos problemas da sociedade brasileira contemporânea é a questão carcerária, que mais que quintuplicou nos últimos 25 anos. Isso apesar de nosso texto constitucional e legislação correlata preverem que a prisão cautelar deva ser medida excepcional e possibilitarem ao magistrado criminal a utilização de penas e medidas alternativas em grande parte dos casos. Outrossim, há 15 anos foi adotado um programa oficial para incentivar a aplicação de penas alternativas, que, aparentemente, não surtiu o efeito desejado, ante a expansão do encarceramento. Investigando as razões para tanto o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA realizaram uma pesquisa acerca da aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil e chegaram a resultados que, embora não surpreendam, não encontram amparo na constituição brasileira. A partir de tal pesquisa, constatou-se que os magistrados brasileiros partem de um paradigma positivista e abstrato para oferecerem uma “resposta ao crime”. Todavia, conscientes ou não disso, tal paradigma presta-se a ocultar a seletividade, a crueldade e a irracionalidade do sistema penal vigente. O problema que se propõe aqui é demonstrar que penas e medidas alternativas no Brasil não são aplicadas na medida em que poderiam em razão do não reconhecimento do réu como sujeito de direitos, como cidadão, como um igual. A hipótese debatida, a partir de uma metodologia sóciojurídica, não determinista e sem pretensão de neutralidade, parte da adoção da Filosofia da Libertação, de Dussel, e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Herrera Flores e Sanchez-Rubio, como possibilidades de ressignificação do conceito de dignidade humana, a partir de uma perspectiva concreta. Adota-se, ainda uma criminologia local, latino-americana, a partir de Lola Aniyar de Castro e Eugenio Raúl Zaffaroni, para entender o sistema de justiça penal como uma parte da esfera de poder do controle social que deve ser ressignificada. Faz-se, assim, a análise dos resultados da pesquisa do IPEA sob tal perspectiva crítica, concluindo-se pela necessidade de um novo posicionamento dos profissionais jurídicos e, em especial, da magistratura brasileira.

**PALAVRAS-CHAVES:** Encarceramento em massa. Dignidade humana. Criminologia da Libertação. Teoria Crítica dos Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** One of the problems of contemporary Brazilian society is the prison question, which has more than quintupled in the last 25 years. This despite the fact that our constitutional text and related legislation provide that pretrial detention should be an exceptional measure and enable the criminal judge to use alternative measures in most cases. In addition, 15 years ago an official program was adopted to encourage the application of alternative measures, which apparently did not have the desired effect, as seen from the expansion of imprisonment. The National Council of Justice and the IPEA, investigating the reasons for that, conducted a survey on the application of alternative measures in Brazil and reached results that, although not surprising, do not find support in the Brazilian Constitution. From this research, it was verified that the Brazilian judges start from a positivist and abstract paradigm to offer a "response to crime". However, conscious or not, this paradigm lends itself to hiding the selectivity, cruelty and irrationality of the current penal system. The problem proposed here is to demonstrate that alternative measures in Brazil are not applied to the extent that they could because of the non-recognition of the defendant as a subject of rights, as a citizen, as an equal. The hypothesis discussed, based on a socio-juridical methodology, non-deterministic and without pretense of neutrality, starts of the adoption of Dussel's Philosophy of Liberation and Critical Theory of Human Rights, by Herrera Flores and Sanchez-Rubio as possibilities of re-signification of the concept of human dignity, from a concrete perspective. A local Latin American criminology, based on Lola Aniyar de Castro and Eugenio Raúl Zaffaroni, is also used to understand the criminal justice system as a part of the sphere of power of social control that must be re-signified. Thus, the analysis of the results of the IPEA research is carried out under such a critical perspective, concluding that there is a need for a new positioning of legal professionals, and especially of the Brazilian judiciary.

**PALAVRAS-CHAVES:** Mass Encarceration. Human dignity. Criminology of Liberation. Critical Theory of Human Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. A FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO – UM FUNDAMENTO ÉTICO PARA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>18</b>
1.1 A ABSTRAÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA E SUA APLICAÇÃO PARA FINS PENAIS.....	20
1.2 A CRÍTICA ÉTICA E A FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO.....	37
1.3 A ÉTICA MATERIAL: A VERDADE PRÁTICA.....	42
<b>2. O PONTO DE VISTA MARGINAL: A NECESSIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA A PARTIR DO SUJEITO LATINO-AMERICANO EM CONTRAPOSIÇÃO AO CONTROLE SOCIAL REALIZADO PELA CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>49</b>
2.1 A CRIMINOLOGIA COMO CONTROLE SOCIAL E SUAS RELAÇÕES COM O PODER.....	51
2.2 A CRIMINOLOGIA COMO LIBERTAÇÃO E DESLEGITIMAÇÃO.....	56
<b>3. UMA ANÁLISE DO RELATÓRIO DA PESQUISA “A APLICAÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS” DO IPEA/2014 SOB A LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO.....</b>	<b>62</b>
3.1 DADOS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE PRISÃO CAUTELAR E SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	68
3.2 DADOS ACERCA DOS RECURSOS E EXECUÇÃO DA PENA.....	71
3.3 DADOS ACERCA DOS JECRIM’s E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	73
3.4 DADOS ACERCA DA APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS.....	79
3.5 DA NECESSIDADE DE INTERDISCIPLINARIEDADE NO CUMPRIMENTO DA PENA.....	86
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>100</b>

## INTRODUÇÃO

Entre as quatro maiores populações carcerárias do mundo, a do Brasil é a única que permanece crescendo. Ao contrário do que ocorre com Estados Unidos, China e Rússia, o Brasil aumentou sua população carcerária em 575% nos últimos 25 anos (CBN, acesso em 04 out. 2015). Vale ressaltar que no mesmo período, a população geral brasileira aumentou pouco mais que um terço, enquanto a população carcerária brasileira mais que quintuplicou<sup>1</sup>. Isso se deve, dentre outros fatores, ao alto índice de encarceramento cautelar e à pouca aplicação de penas alternativas.

Tais situações ocorrem mesmo apesar de a legislação brasileira prever que a prisão cautelar deva ser medida excepcional<sup>2</sup>, bem como possibilitar ao magistrado a aplicação de diversas espécies de penas alternativas, tais como: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana<sup>3</sup>. O Supremo Tribunal Federal há muito já referendou o caráter excepcional da prisão cautelar<sup>4</sup>, manifestando-se em farta jurisprudência acerca da necessidade de fundamentação concreta para segregação do acusado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

---

<sup>1</sup> De acordo com dados do IBGE – Sinopse do Senso demográfico de 2010 – a população brasileira em 1.09.1990 era de 146.917.549 habitantes, enquanto a população estimada em 2015 alcança a cifra de 204.450.649. Dados disponíveis em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas\\_pdf/Brasil\\_tab\\_1\\_4.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_4.pdf)>. Acesso em 19 jan. 2016, e <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2972>>. Acesso em 19 jan. 2016.

<sup>2</sup> Vide art. 5º, LXI, da CF/88: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” e art. 310, c/c art. 312, ambos do CPP, que estabelecem as hipóteses específicas de cabimento da prisão preventiva.

<sup>3</sup> Vide art.’s 32 e 44 do CPB.

<sup>4</sup> Vide HC 128.615/SP, Rel. Min. Celso de Mello, HC 111.551/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, HC 124.209 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, HC 122.072/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, HC 119.759/SP, Rel. Min. Rosa Weber, HC 110.844/RS, Rel. Min. Ayres Britto, dentre outros.

Além disso, há 15 anos um programa nacional foi implementado para incentivar condenações a penas alternativas (IPEAb, acesso em 04 out. 2015, p. 8), entretanto, até o presente momento, não surtiu os efeitos desejados. Ao investigar as razões para o não funcionamento do programa o Conselho Nacional de Justiça alcançou resultados que, se não chegam a ser surpreendentes, não encontram amparo em nossa Carta Constitucional. Ainda de acordo com o IPEA (acesso em 04 out. 2015, p. 1), os resultados da pesquisa desconstroem certos preconceitos, como, por exemplo, a ideia de que a concessão de liberdade provisória importa em impunidade – uma vez que os resultados mostram que, “mesmo quando os réus respondem ao processo em liberdade, a prescrição ocorre apenas em 13,7% dos casos”.

Por outro lado, a pesquisa confirma “o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça do país” (IPEA, acesso em 04 out. 2015. p. 1), na medida em que 37,2% dos casos pesquisados em que os réus se encontravam provisoriamente presos não resultaram em condenação à prisão no final do processo.

Luís Geraldo Lanfredi (*in* CBN, acesso em 04 out. 2015), coordenador do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, expõe que 84% dos juízes entrevistados na pesquisa responderam que os serviços de implantação e acompanhamento de medidas alternativas não existem em seus locais de trabalho ou, quando existentes, são deficientemente prestados pelo Estado.

O Diretor Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Renato de Vitto (*in* CBN, acesso em 04 out. 2015), já havia identificado o problema: “O que a gente ouve dos magistrados é ‘não aplico porque eu não me sinto seguro e eu acho que a aplicação dessa medida vai ser lida como impunidade’”. Acerca de tal afirmação, cumpre ressaltar que combater a criminalidade não é atribuição de qualquer magistrado, mas sim das forças de segurança pública comandadas pelo Executivo a partir das propostas escolhidas democraticamente no plano de governo eleito. Cabe ao Poder Judiciário resguardar a legalidade do procedimento, proteger os direitos e garantias fundamentais de qualquer indivíduo, inclusive daquele que se encontra preso ou respondendo a um

processo penal. Outrossim, ainda que não fosse este o problema, é evidente que, em geral, os magistrados brasileiros partem de premissas que não encontram qualquer fundamentação: de que penas e medidas alternativas não funcionam ou resultam em impunidade.

Na teoria, as penas alternativas podem ser aplicadas em qualquer condenação a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa. Cento e sessenta mil detentos preenchem este requisito (CBN, acesso em 04 out. 2015). Somando-se a eles os duzentos e quarenta mil que aguardam julgamento custodiados, chegamos à conclusão de que a população carcerária brasileira poderia ser um terço do que atualmente é.

Não bastasse tal fato, temos ainda o problema da seletividade do sistema penitenciário. A pesquisa “A aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil”<sup>5</sup>, divulgada em 27 de novembro de 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) demonstrou que o rigor da Justiça Criminal é maior com negros do que com brancos. Segundo mencionada pesquisa, nas varas criminais comuns, onde as chances de prisão cautelar e de condenação a pena privativa de liberdade são maiores, 57,6% dos presos são negros, contra 41,9% de brancos. Por outro lado, nos Juizados Especiais Criminais, onde há uma gama maior de medidas despenalizadoras, a proporção praticamente se inverte, ficando em 52,6% de brancos e 46,2% de negros.

De acordo com o IPEA (2014, p. 1), “Esses dados chamam, novamente, a atenção para os processos de construção de desigualdades e de reprodução de opressões nas instituições brasileiras, que conferem a cor negra aos nossos cárceres”. O professor Welton Roberto (*in* UOL, acesso em 04 out. 2015) afirma que há “um claro rigor maior com os negros no direito penal” e que “essas pessoas não tem cidadania plena, não têm bons advogados”.

---

<sup>5</sup> Ipea. **A aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pmzas\\_sum%20executivo%20final%20ipea\\_depen%2024nov2014.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pmzas_sum%20executivo%20final%20ipea_depen%2024nov2014.pdf)>. Acesso em 04 out 2015.

A criminologia crítica, nas suas mais variadas vertentes, muito já escreveu sobre o caráter seletivo do sistema penitenciário. Trata-se, portanto, de identificar e avaliar quais as possíveis razões que justificam a manutenção deste sistema. O presente trabalho tem por finalidade responder se a política de encarceramento em massa, vigente na magistratura brasileira, poderia ser creditada ao não reconhecimento da alteridade do preso e de sua condição de cidadania. Se existe legislação acerca da excepcionalidade da prisão cautelar e recomendando a utilização de penas alternativas no Brasil, é pertinente investigar as razões pelas quais não são aplicadas a contento, ou seja, a razão pela qual direitos fundamentais, embora positivados, não sejam garantidos pelo Poder Judiciário no Brasil.

A hipótese que se propõe, a título de investigação, é o não reconhecimento da alteridade do preso, que não é reconhecido como pessoa, como cidadão pelo magistrado brasileiro. Intenta-se, portanto, investigar quais razões justificam que o Sistema Penitenciário brasileiro amplie e reproduza as desigualdades sociais, configurando um espaço de violação de direitos humanos, mantendo seu caráter punitivo e pouco ressocializador.

Parte-se do pressuposto declarado de que a Constituição Federal adotou em seu art. 1º, III, a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se de um dos mais elevados valores que sedimentam a constituição da comunidade política, na medida em que se apresenta como elemento ontológico da sociedade. É o arcabouço jurídico-político das democracias constitucionais, assegurando a unidade e legitimidade da comunidade política e abrindo espaço para a pluralidade (CARVALHO, T., 2014, p. 37). Assim que, o reconhecimento do outro – a alteridade – se torna vital para o exercício da dignidade da pessoa humana, fundamental ao funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito. Isso justifica a escolha de Enrique Dussel, filósofo da libertação, como base teórica para o estudo da alteridade. Aloísio Krohling (2014, p. 87) nos ensina que Dussel trata da dialética na esteira do múltiplo dialético, resgatando o termo marxiano de “exterioridade” e afirmando a ética do outro e da alteridade.

Por sua vez, Antonio Rufino Veira (2010, p.83), analisando a releitura que Dussel faz do pensamento marxiano, afirma que “A análise dusseliana de Marx tem por fim de mostrar que o pensamento de Marx é, sobretudo, ético”. Todo caminho percorrido em Dussel demonstra a necessidade de superação de uma ordem posta, para instauração de uma nova situação onde seja possível a inclusão dos até então excluídos. Para que essa ruptura seja possível, o “outro” desempenha papel de suma relevância, uma vez que a “libertação” somente acontecerá após o seu reconhecimento como “pessoa”. Para a teoria da libertação de Dussel (1995, p. 117) são exatamente as situações conflituosas que interessam (guerras, revoluções, processos de libertação das mulheres e raças oprimidas, culturas populares e não reconhecidos por qualquer outra estrutura de opressão). Parte-se do princípio “*Liberte hic et nunc o oprimido!*”, fazendo com que ele também participe.

Para Wolkmer (1994, p. 241), a ética da alteridade é uma forma de antropologia da solidariedade. Partindo das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propondo a gerar uma prática libertadora, será capaz de emancipar os sujeitos historicamente oprimidos, injustiçados e excluídos.

Propõe-se, aqui, a chamada “metodologia de baixa complexidade” (OLIVEIRA, 2004, p. 164) como forma de realizar uma modalidade de pesquisa que o Luciano Oliveira denomina “sociojurídica” (2004, p. 158-166). Trata-se de uma caminhada investigativa que percorrerá uma trilha emancipatória baseada na já mencionada filosofia da libertação de Enrique Dussel, passará pela criminologia crítica e pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos com intuito de analisar as atuais razões justificadoras declaradas do sistema penal vigente e sua forma de aplicação de uma teoria crítica do direito, investigando a genealogia da noção de dignidade humana e suas tensões permanentes com o “senso comum teórico dos juristas” e buscará visualizar, ao final, a possibilidade de reconhecimento de alteridade a partir do repensar da magistratura brasileira, tirando-a do seu lugar comum.

Para tanto, utiliza-se do instrumental teórico hermenêutico por meio da qual o sujeito, consciente do lugar que ocupa – sua condição-de-ser-no-mundo

(*Dasein*) –, mergulhado na linguagem da facticidade e existência na realidade, não busca requalificar o objeto investigado através de uma linguagem rigorosa ou descrição neutra e objetiva – método consagrado pelo paradigma científico positivista – mas, por outro lado, busca ressignificar o objeto, atribuindo-lhe sentido por meio de uma “fusão de horizontes” (HEIDEGGER, 2015, GADAMER, 2009, STRECK, 2011, CARVALHO, T. 2014).

Boaventura de Souza Santos nos ensina, acerca de ciência e conhecimento que, “sendo total, não é determinístico [...] É um conhecimento sobre as condições de possibilidade. As condições de possibilidade da acção humana projectada no mundo a partir de um espaço-tempo local” (2001, p. 77). Trata-se de uma perspectiva pós-moderna de ciência, que será adotada no presente trabalho. Desta forma, a hermenêutica filosófica aqui desenvolvida em parceria com a sociologia do conhecimento procura, sem desligar-se da origem social do discurso científico e sua forma de legitimação e dominação em uma ordem social posta, reconhecer que, assim como as ciências sociais buscam interpretar o sentido social das ações e não simplesmente a busca da verdade científica, é possível questionar a legitimidade teórica do saber penal então vigente e aplicada pelos operadores do direito, em especial os magistrados.

Não se busca, aqui, um postulado axiologicamente neutro, desligado dos fatores históricos e sociais que o fundamentam (LÖWY, 2013, p. 25 e segs.), mas, pelo contrário, busca-se superar o paradigma positivista que atualmente fundamenta o sistema de aplicação de penas do direito penal vigente, através de uma análise histórico-material de reconhecimento da dignidade humana. Tampouco houve a pretensão de conduzir o trabalho em uma metodologia rigorosa de pesquisa empírica: buscou-se complementar a análise bibliográfica com a pesquisa realizada pelo IPEA acerca da aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil. Almeja-se trazer à luz as razões pelas quais a magistratura brasileira repudia, na prática, no dia-a-dia dos processos e dos cárceres brasileiros, a noção moderna de dignidade humana e transforma suas práticas e discurso em instrumentos de naturalização de desigualdade.

No primeiro capítulo, analisamos o conceito de dignidade humana como um dos fundamentos da ordem democrática justificadora da comunidade política e possibilitadora da visibilidade e do reconhecimento dos homens como iguais mesmo em suas diversidades. Como fundamento concreto e legitimador da dignidade humana onde estamos localizados no espaço-tempo, um cenário de um país colonizado, que por tanto tempo legitimou juridicamente desigualdades e dominação, apresentamos a base teórica da Filosofia da Libertação de Enrique Dussel, possibilitando vislumbrar um novo ponto de vista do que vem a ser dignidade humana, o ponto de vista do excluído, do dominado, do devastado. A análise da alteridade desse sujeito poderá permitir que a possibilidade de que todos os homens devem ser iguais no exercício do discurso e da ação num espaço comum compartilhado seja, quem sabe, finalmente, aplicado entre nós.

Em seguida, o segundo capítulo fará um contraponto com a Teoria Crítica dos Direitos Humanos de Herrera Flores, a Criminologia da Libertação sob o ponto de vista de Lola Aniyar de Castro e Eugenio Raúl Zaffaroni, com a Filosofia da Libertação, buscando problematizar a produção dos discursos criminológicos e as tensões existentes entre as aspirações emancipatórias decorrentes da dignidade humana. Verificar-se-á, nesse ponto, que o sistema penal é incompatível com o reconhecimento da dignidade humana, pois presta-se apenas para reprodução de violências reais e simbólicas da realidade social.

No capítulo derradeiro será analisada a pesquisa realizada pelo IPEA no ano de 2014 acerca da aplicação de penas e medidas alternativas em nosso país, buscando identificar quais as razões alegadas com o intuito de justificar uma população carcerária tão numerosa (e crescente) jamais atenderá aos anseios de emancipação correspondentes ao postulado da dignidade humana, prestando-se apenas a legitimar e reproduzir as desigualdades existentes entre o cidadão e o não cidadão contrapostos na realidade social. Não se furta da responsabilidade de que os dados e teorias que fundamentam a presente hipótese, a partir da linha de interpretação escolhida, podem e devem ser aprofundadas no futuro.

Por fim, sem ambições de alcançar o definitivo, pretende-se investigar se um novo paradigma, forjado a partir da filosofia da libertação, teria o condão de aproximar o Poder Judiciário de uma função emancipatória na sociedade brasileira, reconhecendo a alteridade dos sujeitos alcançados pela justiça penal, passando a ressignificar o conceito de dignidade humana a partir de uma realidade concreta, local, periférica e própria dos nossos sujeitos.

## 1 A FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO – UM FUNDAMENTO ÉTICO PARA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal adotou em seu art. 1º, III, a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Trata-se de um dos mais elevados valores que sedimentam a constituição da comunidade política, na medida em que se apresenta como elemento ontológico da sociedade. A noção de dignidade humana, construída ao longo do tempo pelos mais variados discursos filosófico-jurídicos, expressa um anseio de emancipação do homem e de seus laços sociais da tradição.

A dignidade se apresenta, no dizer de Peces-Barba Martinez (*apud* CARVALHO, T., 2014, p. 32), como, ao mesmo tempo, um ponto de partida e um ponto de chegada em uma comunidade democrática. A coletividade, por sua vez, é aquilo que forma o homem, não existindo este sem aquela. Sem outros seres humanos, não há existência real possível para qualquer indivíduo. Como nos diz ARENDT (2001, p. 30-31), “todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode ser imaginada fora da sociedade dos homens”. Sem interação, qualquer ação humana carece de sentido e valor, na medida em que é a intersubjetividade que a limita, orienta e conduz, afirmando a própria identidade individual, de forma que, “apenas na esfera pública de uma comunidade linguística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em indivíduo e em pessoa dotada de razão” (CARVALHO, T., 2014 p. 34). Prossegue o professor (2014, p. 37):

Parece igualmente claro que a dignidade humana, tal como hoje percebida, no arcabouço jurídico-político das democracias constitucionais, não apenas representa o eixo das ficções operatórias, o qual assegura a unidade e a legitimidade da comunidade política, mas acima tudo determina a condição da pluralidade. A construção da realidade social, costurada, sobretudo, na esfera pública, é engendrada a partir da necessidade da manifestação das diferenças e, por conseguinte, da luta por reconhecimento.

A edificação desse sentido subjetivo e social da dignidade, possibilitada pelas experiências de reconhecimento, assume uma importância decisiva, visto que a valorização negativa de determinados indivíduos ou grupos, isto é, a produção social da invisibilidade, converte-se em gravíssimos problemas de integração social.

Desta forma, o reconhecimento do outro – a alteridade – se torna vital para o exercício da dignidade da pessoa humana, fundamental ao funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito. Valendo-nos, mais uma vez, da perspectiva de ARENDT (2001, p. 188):

[...] a pluralidade humana é condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas.

Assim, a dignidade humana requer um horizonte de valores intrinsecamente compartilhados, de forma que a marca da sociedade esteja em cada indivíduo, de forma indissociável, solidificados pela construção social da realidade (CARVALHO, T., 2014, p. 44). A dignidade humana exige a possibilidade de participação na construção desta realidade, compreendendo, portanto, o direito de cada indivíduo de ter voz e ação. Isso pressupõe solidariedade, estima mútua, jamais por imposição. Sem relações de confiança, há apenas a imposição, a submissão, a supressão da ação e do discurso, formas de dominação. Desta forma, como afirma o mencionado professor (CARVALHO, T., 2014, p. 46):

Deve-se fugir, pois, à tentação de postular uma ideia de dignidade humana abstraída do contexto de relações sociais, culturais, econômicas, políticas e jurídicas concretas nas quais os sujeitos estão inseridos.

Ao contrário do que se pensa, a tão propagada “ordem social” não faz parte da “ordem natural das coisas”, mas só existe como criação humana. Como qualquer outra instituição, ela tem uma história, sendo possível entender a forma como foi construída. A ordem social é um produto da linguagem humana, um produto da convivência dos indivíduos. O homem só existe em comunidade: “A constituição de sua identidade está ligada, assim, a um necessário grau de inserção do indivíduo na rede simbólica, o qual confere sentido à vida social” (CARVALHO, T., 2014, p. 51). Cada comunidade, por seu turno, é datada, compartilhando

valores específicos, transmitidos ao longo do tempo, das mais diversas formas, ora inovando-se nesses valores, ora deixando alguns para trás. Tal dinâmica se dará na medida que os indivíduos tiverem voz e ação. Não se pode, em teoria, definir universalmente acerca do que é o ser humano:

Daí a conclusão de que a pergunta sobre o “que é ‘o’ ser humano?” prescreve uma tomada de posição objetificante, à medida que postula uma definição atemporal da natureza humana, obscurecendo o fato de que o homem apenas é na aventura de sua facticidade e existência. (CARVALHO, T., 2014, p. 51)

Sem a experimentação, o conceito de dignidade humana se perde em abstrações simuladas sem qualquer significado para os indivíduos da comunidade. São meros conceitos objetificantes da própria existência, não reconhecidos por qualquer membro da sociedade. Até mesmo as experiências ruins, como as situações de extrema degradação e violência, caso das guerras, encaradas como negações da dignidade humana, se prestam à assimilação, por parte dos sujeitos, as formas pelas quais a dignidade humana pode ser reconhecida ou não.

### 1.1 A ABSTRAÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA E SUA APLICAÇÃO PARA FINS PENAIIS

A dignidade só pode ser reconhecida se os homens se enxergarem como iguais. E a igualdade só existirá se a diversidade for respeitada. Para tanto, é necessário reconhecer a alteridade. A igualdade, na concepção aristotélica, é fundamental na formação da comunidade política. Se a comunidade vai determinar a vida individual ao estabelecer as normas de conduta, a verdadeira cidadania só existe se houver igual possibilidade de participação nas funções judiciárias e públicas (CARVALHO, T., 2014, p. 57). Se a pluralidade não for reconhecida neste espaço público, reservado ao autogoverno dos homens livres, não haverá nem lei, nem justiça nem igualdade.

É a cidadania, a participação política, a capacidade de ser visto e ser ouvido que torna os homens iguais, conferem-lhe legitimidade. Aparentemente, é o que nos falta hodiernamente. Nos dias atuais, o mundo regido pelo *homo faber* mede as relações sociais pela sua utilidade e valor econômico, degradando, assim, a vida humana (CARVALHO, T., 2014, p. 59). A ideia trazida desde o contratualismo para os dias de hoje pressupõe o indivíduo como o ponto de partida do convívio social. Isso pode ser visto, por exemplo, em nossa democracia representativa, construída a partir de postulados intrinsecamente individualistas, ocultando a dominação (HERRERA FLORES, 2003, p. 05).

Desta forma, o indivíduo moderno primeiro compreende seus direitos, compreende o funcionamento da esfera privada, e apenas em um segundo momento estará obrigado a compreender seus deveres para com a comunidade onde está inserido. Não só na democracia representativa, mas também na atuação do Poder Judiciário é possível perceber a ocultação da dominação através da manutenção de valores abstratos. O ensinamento dado aos juizes de que a lei deve ser imparcialmente aplicada de forma a assegurar o tratamento igual aos iguais – conceito de igualdade formal – é construído apenas a partir da tensão entre as categorias da identidade e da indiferença (CARVALHO, T., 2014, p. 62).

A igualdade formal, portanto, não passa de uma justificativa teórica e abstrata para a dominação já existente, na medida em que suprime as diferenças, a diversidade que deveria ser reconhecida por meio da alteridade. No dizer de Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 62), “A narrativa política da democracia moderna esconde, pois, o fato de que tanto a liberdade quanto a igualdade só podem ser vislumbradas a partir dos antagonismos concretos que marcam a sociedade civil”. Tal narrativa consiste em um paradoxo que transforma a atividade privada na principal atividade política do indivíduo, reificando os homens, na medida que serão julgados como produtores e segundo a utilidade de seus produtos. Prossegue, o mencionado professor (2014, p. 65), afirmando:

Desse modo, esvazia-se o princípio da dignidade, [...] O direito como conjunto de normas gerais e abstratas, como objeto de uso, como sistema de normas e direitos subjetivos constituídos

independentemente das situações reais, converte-se em mero instrumento de atuação do homem sobre outro; perde então a referência ética inerente ao exercício da ação, da afirmação da vida ativa e da luta por reconhecimento.

Portanto, na sociedade de consumo, o homem passa a ser um animal descartável de acordo com as funções que exerce na produção econômica, independente da sua compleição como sujeito moral, igual ou digno.

Compreender e respeitar as diferenças é, assim, fundamental para o reconhecimento da igualdade e, via de consequência, da dignidade humana. Reconhece-se que isso não é fácil. Jean-Marie Müller (1998, p. 16) afirma que o homem enxerga a presença de outro, o encontro, como um desafio, uma adversidade, um confronto. Na medida em que o outro surge num espaço já ocupado pelo indivíduo, ele se torna uma ameaça. Não necessariamente um perigo real, mas um perigo potencial. Seus desejos se opõem, seus interesses se chocam, suas pretensões colidem e até mesmo suas liberdades se digladiarão.

Trata-se do processo de *rivalidade mimética*, na medida em que os homens, no processo de ensino-aprendizagem são levados a desejarem as mesmas coisas. Essa situação conflituosa derivada do processo básico de interação humana é, por lógico, parte do processo de construção da identidade, da luta por reconhecimento e visibilidade (CARVALHO, T., 2014, p. 66). Como nos ensina Müller (1998, p. 18), o desejo vai levar o indivíduo ao exercício do seu poder: “Numa primeira fase, o indivíduo procura o poder para não ser dominado pelos outros, mas, se não tiver cuidado, depressa transpõe o limite a partir do qual ele procura dominar os outros”. A rivalidade entre os homens, desta forma, não poderá ser superada se o homem não aprender a limitar seus próprios desejos. Prossegue, ainda, o professor (MÜLLER, 1998, p. 18), ao explicar a necessidade do conflito:

O indivíduo não pode fugir de uma situação de conflito sem renunciar aos seus próprios direitos. Ele deve aceitá-la, pois é através do conflito que poderá ser reconhecido pelos outros. É verdade que o conflito pode ser destruidor, mas também pode ser construtivo. A função do conflito é estabelecer um contrato, um pacto entre os adversários que satisfaça os respectivos direitos e chegar, assim, à construção de

relações de equidade e de justiça entre os indivíduos no interior de uma mesma comunidade e entre as diferentes comunidades. O conflito, é, assim, um elemento estrutural de toda a relação com os outros e, por conseguinte, de toda a vida social.

Ao estabelecer a importância do conflito, o autor não só nos ensina sobre o quão natural ele é nas relações humanas de socialização, mas também desmistifica o conceito de paz, na medida em que as relações entre os indivíduos pode (deve) tornar-se pacífica, mas sempre será conflituosa: “A paz não é, não pode ser nem numa será a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e a resolução dos conflitos por meios diferentes da violência destruidora e mortífera” (MÜLLER, 1998, p. 18-19). O desejo não gerido, não dominado, tende ao infinito, impossibilitando qualquer acordo: “O desejo desmesurado pode conduzir-me drasticamente a uma autonomia absoluta, apresentando-se como respaldo quase natural para exigir e desenvolver o meu poder sobre os demais” (CARVALHO, T., 2014, p. 67).

A dominação exercida pela violência é ilegítima, mas não se esgota apenas na violência das ações, sendo manifesta, também, pela *violência estrutural*, assim denominada aquela “gerada pelas estruturas políticas, econômicas ou sociais que criam situações de opressão, de exploração e de alienação” (CARVALHO, T., 2014, p. 71). A violência gerada por instituições do mundo social, impostas através de uma definição hegemônica de como as coisas devem ser. O sonho de um mundo perfeito, forjado pela modernidade, onde nada se encontra fora do lugar, parece ser exatamente o problema, considerando que vem sendo levado às últimas consequências (BAUMAN, 1998, p. 15-20).

Na citada sociedade, fundada na cidadania liberal, os elementos indesejados sofrem com o “teste de pureza” (BAUMAN, 1998, p. 23): deve ser capaz de ser seduzido pela possibilidade constante de renovação promovida pelo mercado de consumo, vestindo e despindo identidades, experimentar diversas sensações e experiências. Se não passar neste teste, será considerado “sujeira” da pura sociedade pós-moderna. Este princípio de mercado que rege a sociedade pós-moderna configura-se em um jogo fratricida (CARVALHO, T., 2014, p. 80). Tal jogo resume-se nas seguintes exigências políticas: a flexibilização e aumento da

liberdade para o exercício da competição de mercado, o que importa, necessariamente, e diminuição da intervenção coletiva nos negócios privados e na promoção do bem-estar da população e, uma necessidade cada vez mais efetiva de gerir de forma enfática e enérgica as consequências do aumento da liberdade, ou seja, uma tendência cada vez mais forte de criminalizar mais e mais condutas, em especial, aquelas decorrentes de problemas socialmente produzidos. Desta forma, a sociedade pós-moderna, no dizer de Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 81), é dividida entre “aqueles sujeitos plenamente morais de dignidade incorruptível;” e “os suspensos e degradados em sua qualidade moral por seu caráter perigoso para a visão hegemônica da ordem social”.

Assim, inúmeras vidas humanas são sacrificadas – os relatórios sobre violência estatal estão aí<sup>6</sup> – em nome da “restituição da ordem social”. Esse jogo fratricida, genocídio, não gera mais consequências, cicatrizes, trauma. O indivíduo social torna-se indiferente e a consciência coletiva não cria mais defesas que impeçam novas tragédias. É o chamado “Terrorismo de Estado” (CARVALHO, T., 2014, p. 82), através do uso da “violência legítima”. Para mudar tal cenário, fundamental nos é debater outras possibilidades de atuação do campo penal, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que a atuação estatal seja menos desumana e cruel, limitando, de forma mais precisa, as situações excepcionais que autorizam as intervenções estatais. A definição destes limites não pode ser feita desconsiderando-se uma parcela da população (talvez a maior parte dela), pelo simples fato de ser indesejada ao paradigma do mercado consumidor. Pelo contrário, se o sistema penal deve atuar, que o seja diante de limites e paradigmas definidos da forma mais democrática possível:

Portanto, o desvelamento criminológico da utilização do sistema penal como mecanismo de gestão da subcidadania no Brasil, escancarada de forma radical pela presença da intervenção penal como forma privilegiada de tratamento dos conflitos sociais, coloca-se como imperativo ético à defesa dos horizontes indelévels de uma sociedade verdadeiramente democrática, fundada nas fontes imaginárias da

---

<sup>6</sup> Só para citar como exemplo, de acordo com o 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 3.320 pessoas foram vítimas de intervenções policiais apenas no ano de 2015, enquanto 17.668 pessoas foram mortas pelas polícias entre os anos de 2009 e 2015. Disponível em <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/10\\_anuario\\_site\\_18-11-2016-retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf)>. Acesso em 26 jan. 2017.

dignidade humana e da prevalência dos direitos fundamentais. (CARVALHO, T., 2014, p. 84)

Nos ensina BERMAN (2003, p. 10) que a modernidade significa “encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos”, ou seja, a modernidade é uma experiência de tempo e espaço de inúmeras possibilidades (pessoais, profissionais, experimentais), tão variáveis, que nada mais parece ser sólido. BAUMAN (1999, p. 7) ao comentar sobre a “globalização”, fenômeno da modernidade, fala de “uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes se futuros”, mas que, ao mesmo tempo em que estabelece o “mesmo para todos”, mais ela tira o significado das experiências: “quanto mais experiências pretendem explicar, mais opacas se tornam”.

Se a decomposição da ordem feudal – caracterizada pela descentralização do poder político e pluralismo judicial – abre espaço para o Estado centralizado e burocrático da ordem absolutista que se fundamenta como base fundamental a um novo mundo plural e individualista, competitivo, ou seja, a nova ordem liberal-burguesa, é nesse cenário que as ciências penais emergirão como o discurso de salvação da felicidade pública (PAVARINI, 2002, p. 27 e segs.). É o argumento do bom governo, da preservação da ordem, controle da ordem social, riqueza das nações, que justificará o controle do comportamento dos indivíduos de forma mais enérgica e repressiva. Assim:

No cenário específico do imaginário punitivo, a perspectiva história das ideias penais insistentemente repudia a genealogia em nome de uma história universalista e abstrata. Tal história é recoberta por “significações ideais” e “indefinidas teleologias”, sempre mais dispostas e aptas à justificação oficial da satisfação da violência e ao deleite do prazer calculado da obstinação, do sangue institucionalmente prometido, e menos dedicadas a reconhecer a história como emergência de interpretações concorrentes, como jogo ininterrupto entre formas instituídas e forças instituintes, como propõe a argúcia filosófica de Castoriadis (1982). (CARVALHO, T., 2014, p. 93)

Desta forma, a realização da justiça – através do direito – realizariam a função de catalisadores da consciência coletiva, que é artificialmente realizada pelo Estado, através de suas instituições e procedimentos legais. Afirma-se que as penas impostas pelo Estado lograriam êxito em marcar, nas consciências individuais, a recordação da lei, ou seja, a consciência coletiva individual. Esse uso da violência, legitimada pelo poder soberano do Estado, será reconhecido por Max Weber como o monopólio da violência física legítima, que resultará na especialização de uma linguagem – a linguagem jurídica – passando a considerar o Judiciário como único legitimado a “dizer o direito”, ou seja, exercer jurisdição aos conflitos que lhe são submetidos.

Se antes, a luta burguesa consistia exatamente na limitação do poder do Estado, ou, em outras palavras, na defesa do indivíduo em face dos abusos do poder – já que estes não encontravam limites rígidos –, a liberdade, então compreendida como possibilidade de expansão individual dos interesses particulares, e não como um bem compartilhado pela comunidade política, o Estado é visto como um mal necessário, devendo interferir apenas no mínimo necessário para manutenção da paz e da ordem. No campo penal isso significará o fim da autonomia dos indivíduos para a solução de seus conflitos, que será superado pela *inquisitio* (Monopólio do estado sobre o *ius puniendi*), o que podemos chamar de primeiro passo no confisco do conflito. A nova ordem penal será influenciada pelos valores fundantes do novo modo de produção do capitalismo mercantil e produzirá um paradigma jurídico monista:

O sistema de justiça penal, de instrumento utilizado pela nobreza aristocrática e pelo clero para a manutenção de privilégios e da própria conservação de uma estrutura social hierárquica e estratificada, passa a ser percebido como o limite máximo contra a degeneração ao estado de natureza e como arma para preservação dos direitos engendrados pelo individualismo possessivo. (CARVALHO, T., 2014, p. 97)

O novo paradigma penal tenta, portanto, proporcionar-nos os valores de segurança, certeza e previsibilidade, desconsiderando a classe social como elemento de distinção entre eles para efeito de imposição de penas. Para Vera Andrade (2003, p. 26), na Justiça Penal:

[...] a garantia dos Direitos Humanos assume, então um significado às avessas: não se trata de realiza-los ou solucionar os conflitos a eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada: a dualidade regulação/emancipação se traduz na exigência de um controle penal com segurança jurídica individual [...] o Máximo contributo que pode prestar ao pilar da emancipação, é, portanto, o do garantismo.

Partindo, ainda, daquilo que afirma BECCARIA (2009, p. 18 e segs.), sendo as leis condições que os homens isolados se uniram em sociedade, visando evitar o estado de guerra e uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação, o direito de punir decorre “da necessidade de manter o depósito da salvação pública” e, qualquer pena que ultrapasse tal necessidade é “injusta por sua natureza”. Desta forma, a legitimidade do direito de punir decorre do contrato social estabelecido entre indivíduos abstratamente livres e iguais, visando garantir igualdade e universalização do sistema penal, ou seja, segurança e certeza jurídicas. Por outro lado, uma igualdade abstrata apenas serve para ocultar condições reais de desigualdade (CARVALHO, T., 2014, p. 100).

A percepção de PAVARINI (2002, p. 31) nos demonstra que a reforma ocorrida no sistema penal se deu de forma a estabelecer o direito de punir do príncipe com o objetivo claro de garantir a autonomia privada. Desta forma: “educar este universo – compuesto por ex campesinos y artesanos habituados a vivir bajo el sol y según el tempo de las estaciones – para devinir clase obrera, para aceptar por lo tanto la lógica del trabajo asalariado, para reconocer en la disciplina de la fábrica su propia condición natural”. O sistema penal reflete, portanto, uma relação de poder, onde o governo central reconhece as condutas válidas e as legítimas, enquanto proíbe e pune condutas incompatíveis com a lógica mercantil capitalista vigente que interessa àqueles que exercem o poder. A mesma percepção tem Michel Foucault, ao afirmar que a ausência de limites ao poder de punir correspondia exatamente à necessidade de afirmação da autoridade Monárquica. Por isso que, no Estado Absolutista, o crime não era considerado uma agressão somente contra a vítima, mas, principalmente, contra o Estado: “O crime, além de sua vítima, imediata, ataca o soberano, ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe” (FOUCAULT, 2014, p. 45). Desta forma, prossegue ainda, o autor afirmando que a pena cumpre a função de:

Tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder. (FOUCAULT, 2014, p. 46-50)

Percebe-se, portanto, que a ascensão burguesa e o estabelecimento dos estados nacionais não se configurou em emancipação política dos indivíduos, mas, pelo contrário, resultou numa ação paternalista, de demonstração de força, controle e poder, onde o governo central passa a definir as condutas permitidas e as proibidas, a pretexto de oferecer segurança e adimplir direitos fundamentais, atentando-se, entretanto, apenas para aqueles que interessam ao modo de produção econômico vigente onde aqueles que exercem o poder detêm os meios de produção:

Portanto, fica evidente que não se trata de uma efetiva vitória da emancipação sobre a regulação vigorosa e cruel do poder monárquico absolutista, experimentada no Antigo Regime, mas de uma reconfiguração das sinergias regulatórias atreladas às exigências de disciplinamento da massa laboriosa indispensável ao avanço do capitalismo em ascensão. Vê-se então que a “humanização” do campo penal deveu-se menos aos anseios iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade e mais às necessidades disciplinares de normalização e domesticação das massas trabalhadoras (CARVALHO, 2014, T., p. 103).

O sistema repressivo, logo, naquele contexto de aumento dos índices de pobreza das massas camponesas e desordenada urbanização, atuou com leis cada vez mais severas – atendendo a um suposto “clamor popular” – visando calar e impedir movimentos insurgentes. Mais uma vez, a suposta impessoalidade da lei penal revela sua verdadeira faceta, que é manter as desigualdades estabelecidas. A necessidade de abolir a descentralização e concentrar/limitar o poder de punir surgiu no período histórico medieval. Sob o pretexto de ser democrático – protegendo interesses “coletivos” –, o Direito Penal se torna cada vez mais autoritário, paternalista, protegendo apenas os interesses liberais: “O máximo e único contributo que a teoria penal liberal pôde oferecer ao pilar da emancipação foi, portanto, o do garantismo” (CARVALHO, T., 2014, p. 104). Assim, deveria:

[...] recriar mecanismos punitivos que fizessem com que uma nova espécie de crueldade e barbaridade – a violência do sistema prisional

– pudesse recobrir-se abstratamente de alguns limites mínimos garantidores da segurança jurídica e do respeito aos direitos individuais do cidadão (CARVALHO, 2014, p. 105).

David Garland (2008, p. 75) percebe e descreve, com clareza a constituição do Direito Penal moderno, onde a perseguição do delito não mais será uma função privada, mas um monopólio do governo, exercida em nome do povo, onde as características básicas serão a diferenciação, a estatização, a burocratização e a profissionalização. Tal cenário se agrava com o incremento da sociedade industrial, onde as demandas de ordem e disciplina feroz farão refugar os anseios emancipatórios (CARVALHO, T., 2014, p. 107). Neste cenário, a ideia do positivismo, sob o axioma da “neutralidade científica” ganhará força negando/ignorando o condicionamento histórico-social do conhecimento (LÖWY, 2013, p. 25 e segs.).

O Direito Penal moderno, portanto, legitimará a ordem social do capitalismo industrial e sua definição de classes perigosas e, sob a proteção do positivismo, que elevará a ideologia da defesa social a seu ápice, estabelecerá os valores pressupostos de necessidade, legitimidade e cientificidade (PAVARINI, 2002, p. 49 e segs.). Já se podia ver na Justiça Penal do Estado de bem-estar social, que o dito “sujeito delincente” passou a ser visto não só como um sujeito culpável, mas também, necessitado, um “cliente tanto quanto um delinquente” (CARVALHO, T., 2014, p. 110). Pode-se ver, portanto, como há muito já expõe a criminologia crítica, que o sistema penal, nas sociedades capitalistas modernas, funciona apenas como um instrumento coercitivo utilizado pela classe dominante do Estado para manutenção de uma ordem social e econômica já existente. Mesmo no estado de bem-estar, a positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão não resultou em um “direito penal mínimo”:

Não obstante as teorias abolicionistas terem emergido, também, em contextos fortemente marcados pela existência de Estados sociais atuantes e consolidados (Holanda, Noruega, Finlândia, Suécia, Dinamarca), nota-se que, nos países considerados núcleos representativos do modelo *Welfare State* (Inglaterra, França, Alemanha, mais tarde Itália, Espanha e Portugal, e em outro contexto os EUA), de fato, o paradigma representado pelo *welfarismo penal* distanciou-se, profundamente, das propostas minimalistas e limitadoras da intervenção punitiva estatal. (CARVALHO, T., 2014, p. 113)

Desta feita, com a implementação dos meios capitalistas de produção, o crescimento do Estado e a positivação de Direitos Sociais – os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão – importará na criação de um “direito penal social”, que, “[...] pela sua espetacular manifestação como técnica de controle social punitivo, erige-se como instrumento decisivo para a legitimação moralizante da ordem social requerida pelo capitalismo organizado” (CARVALHO, T., 2014, p. 115). Verifica-se, portanto, a instância mais elementar de controle social que será efetivada pelo estado moderno. Um controle social tão forte e tão abstratamente fundamentado que criará autodefesas a fim de garantir sua subsistência. O sistema de Justiça Penal criará fortes raízes no imaginário punitivo moderno, como garantia de “segurança” e “estabilidade”, de forma que repelirá veementemente qualquer manifestação em sentido emancipatório:

Na genealogia do campo penal moderno, vê-se claramente que a cada passo na direção da emancipação têm-se um estorvo regulatório que insiste em impedir o seu desenvolvimento, afetando o valor fundamental da dignidade humana. (CARVALHO, T., 2014, p. 112)

As situações extremas, cada vez mais verificáveis num cenário de desigualdade social: opulência econômica e miséria social, geram uma grande crise das relações de produção e sociabilidade, impossibilitando a consolidação, maturação e emancipação das sociedades democráticas. Nessa guerra social latente, o radicalismo das desigualdades sociais levará a antagonismos, ódios e rupturas. Tal constatação levou a alguns governantes a reconhecer, ainda que timidamente, a relação entre as determinantes da violência, da carência, da riqueza, da pobreza, da prosperidade e do terrorismo (CARVALHO, T., 2014, p. 116). Christie observa que “um princípio básico do controle social é de que os que possuem muito e os que nada têm são os dois extremos mais difíceis de governar. Os que muito possuem também têm muito poder, e os que nada têm, também nada têm a perder” (1998, p. 56).

Visualiza-se, assim, a necessidade de implementação de políticas de reconhecimento, para além da busca de eficácia normativa e da interlocução

entre a constituição e outras ciências políticas e sociais (MOREIRA, 2010, p. 119). Na busca por essa interlocução, a pesquisa de Nelson Camatta Moreira, utilizando-se de base histórica e consciência sociológica, confirma o fenômeno da invisibilidade social e da naturalização de desigualdades. Em sua posição, afirma o autor que a evolução histórica do Brasil-colônia até o modelo atual realizou-se mediante importação de um modelo liberal europeu moderno gerando um estado marginal muito peculiar em relação aos estados do centro (MOREIRA, 2010, p. 125).

Assim, nem a concepção de democracia, nem a de cidadania são implementadas aqui como são empregadas nas sociedades centrais (MOREIRA, 2010, p. 126). Nos estados de democracia avançada, o valor da igualdade é um preceito fundamental de inestimável relevância política, jurídica, social e simbólica, enquanto nas sociedades periféricas (como a nossa), nunca alcançou tal dimensão coletiva, sendo, pelo contrário, naturalizada a desigualdade (MOREIRA, 2010, p.128).

A regulação tem vencido a emancipação no campo penal e os índices do Sistema Penal demonstram isso (WACQUANT, 2001). Se a pretensão do Estado Social era a de substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência Estatal baseada na gestão dos riscos e probabilidades estatísticas, seu paradigma passará pela tentativa de anexar a população à plena cidadania não apenas de direitos formais, mas de incorporação substantiva à sociedade, o que não se concretiza da modernidade, que se mostra naturalmente excludente (CARVALHO, T., 2014, p. 119).

Percebe-se portanto, que a criminalidade é um produto da própria sociedade de consumidores (CARVALHO, T., 2014, p. 120). Logo, na sociedade moderna, a dignidade humana, da forma como vem sendo reconhecida, relaciona-se muito mais com a capacidade de consumir – participar da “sociedade de consumidores” – que com a existência de valores éticos ou com a dialética do reconhecimento (alteridade). Desta forma, para ser cidadão, só há um modelo a seguir: apoderar-se, cada vez mais, de diversos bens – consumir. Não havendo espaço, nem oportunidades, para que todos sejam consumidores, as populações

marginalizadas passam a ser “o alvo” do sistema penal. Prossegue o professor: “o controle das populações marginalizadas fomenta uma verdadeira indústria do controle do crime, que abocanha vultosas somas dos recursos estatais para o setor repressivo” (CARVALHO, T., 2014, p. 121). A crescente horda de ociosos formará a cartela de clientes do sistema penal.

A expansão do sistema penal é visível. O poder punitivo estatal demonstra cada vez mais regulação e cada vez menos emancipação. Segurança é mais importante que solidariedade (CARVALHO, T., 2014, p. 122). YOUNG (2002, p. 76-77) nos advertirá que “tal criminologia administrativa se preocupa em gerir em vez de reformar, seu ‘realismo’ está em não pretender eliminar o crime (o que ela sabe ser impossível), mas minimizar riscos. Ela abandonou os objetivos modernistas de mudança através de engenharia social e intervenção judicial, e busca apenas separar o criminoso do cidadão decente, o encrunqueiro do comprador pacífico, e minimizar o dano que o viciado ou alcoólatra pode causar a si próprio, em vez de propor alguma cura ou transformação”. Estamos diante de um Estado de Urgência, Estado de Exceção, em uma sociedade de risco, onde o discurso da segurança e a expansão do campo penal responde aos interesses dominantes.

Estamos diante de uma sociedade que, ante a ausência de referenciais éticos duradouros e princípios generalizáveis, apega-se quase que exclusivamente no Direito Penal como a nova pauta de valores na ausência de outros referenciais (CARVALHO, T., 2014, p. 123). Uma das consequências da expansão do sistema penal é justamente o problema a ser debatido neste trabalho, qual seja, a mudança interna de paradigma e o abandono dos objetivos de reabilitação do condenado e abandono das alternativas à pena privativa de liberdade, em nome da gestão do risco baseado exclusivamente non discurso da segurança. Para a existência de uma sociedade verdadeiramente livre, é necessário estar disposto a carregar o peso da liberdade, que é a dificuldade em existir, ou melhor, coexistir com o outro. Tornando-se o fardo da liberdade extremamente pesado, ele passa a ser abandonado em nome da regulação. Em um estado predominantemente regulatório, os laços solidários e a ética da responsabilidade se desvanecem,

sendo substituídos pela ameaça de sanção, tudo o que resta a uma sociedade sem identidade e autonomia (CARVALHO, T., 2014, p. 124).

Se estamos falando de um estado de exceção e excludente, é importante ressaltar que não são apenas os excluídos que sofrem as consequências deste Estado excepcional. As comunidades de hoje são forjadas no isolamento, na separação, nas grades, muros, portões vigiados, na identificação e etiquetamento dos visitantes, tal qual uma base militar ou abrigo nuclear, onde a própria elite vive em regime de segregação, sendo a ideia de segurança o fundamento de comunidades de ocasião e cabendo ao sistema penal os esforços na produção de tal segurança (BAUMAN, 2003, p. 16 e ss.). Trata-se de um sistema que visa “uma segurança imediata” mas não se preocupa com a redução da criminalidade em longo prazo, fazendo uso apenas de “intervenções de urgência”, com resultados rápidos, visíveis e midiaticamente rentáveis (OST, 1999, p. 380-382).

O período pós-revolução industrial foi aquele que mais abertamente demonstrou, como bem observou Foucault, o projeto ideológico punitivo como aquele cuja missão consiste em produzir “corpos dóceis”, extraindo o máximo de sua utilidade econômica. A criminalização, portanto, se configura em uma tática para lidar com o grupo de indesejados, que são riscos ou obstruções ao paradigma capitalista. No dizer de BAUMAN (1998, p. 51), o “estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não como o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo”. Garapon (1998, p. 101-107) é mais um daqueles que vai perceber que a decadência do Estado de bem-estar bem como a ausência de participação democrática efetiva vai resultar em um Direito Penal simbólico significativo de uma ideologia dominante, pré-estabelecida, presumida, baseada em um sentimento de horror suficientemente forte para unir pessoas heterogêneas. Desta forma, o ideal de segurança ou da gestão do risco acaba por redimensionar o paradigma penal:

A confiança no futuro, inerente ao propósito da reabilitação do condenado, é substituída pela emergência do presente decididamente volvido. A punição, nesse espectro, é pautada pelas políticas de

encarceramento, de aniquilamento, de essencialização, de fabricação de monstros necessários à demarcação entre a virtude e o pecado, entre os bons e os maus, entre a pureza e a impureza da sociedade pós-moderna. (CARVALHO, T., 2014, p. 133)

Dentre as duas versões paradigmáticas de propostas de políticas criminais – o confronto entre a perspectiva regulatória e a emancipatória – o chamado “Direito Penal do Inimigo”, cujo principal expoente é o autor alemão Günther Jakobs, estabelece uma distinção criteriosa entre o cidadão e o inimigo, sendo este o alvo do Direito Penal (CARVALHO, T., 2014, p. 134). Para Jakobs, é legítimo criar um modelo de exceção que guarneça as garantias aos cidadãos – “Direito Penal do Cidadão” em face de outro sistema para o tratamento punitivo do “indivíduo perigoso” ou “inimigo”, barrando-os do convívio social (JAKOBS, 2006, p. 25). Assim, a noção de inimigo acaba se confundindo com as pessoas indesejadas à noção de realidade daqueles que dominam as estruturas de poder. Numa perspectiva contratualista, podemos afirmar que, para Jakobs, assim como para Rousseau, o ato criminoso configura uma violação ao “contrato social”, sendo seu autor uma pessoa que já não participa do pacto, estando excluído da comunidade por não se adequar à vontade geral (CARVALHO, T., 2014, p. 136).

Em outras palavras, se no estado de natureza vigora a ausência de normas, liberdade descontrolada – que resulta em guerra de todos contra todos –, caberá ao vitorioso o estabelecimento das regras de conduta – as normas propriamente ditas, coercitivas, com efeitos *erga omnes* – enquanto ao vencido só restará submeter-se às mesmas. O “inimigo do Direito Penal”, portanto, parece ser aquele indivíduo que, voluntariamente, através de seu comportamento corriqueiro, abdicou do convívio social de forma permanente, e não apenas incidental, tornando-se, portanto, tão perigoso, que deve ser excluído, anulado. A boa-fé de Jakobs, reconhecida por Zaffaroni (2006), acredita que seu “Direito Penal do Inimigo” prevalecerá dentro do estado democrático de direito. Ocorre que sob o pretexto de assegurar direitos fundamentais aos cidadãos e perseguir, de forma distinta, os inimigos, aqueles que renunciaram ao pacto, Jakobs acaba por conferir ao Estado um poder soberano e ilimitado de estar permanentemente em guerra e escolher seus inimigos (ZAFFARONI, 2014). É o caso, por exemplo,

do traficante no âmbito latino-americano: sob o pretexto de se garantir a “dignidade humana do cidadão”, combate-se o “inimigo” sem respeitar qualquer garantia a este. Uma dignidade humana abstrata, mais uma vez, atende mais aos interesses das forças dominantes do que se apresenta como um fundamento ético possível a justificar o sistema penal:

[...] nas realidades dos países periféricos, sempre marcados por processos de violência institucional presentes desde a subjugação colonial, a afirmação do Estado Penal sinaliza o retorno ao despotismo hobbesiano como limite único à afirmação do estado de natureza econômico e social, o que implica a dizimação legalizada de amplos setores da sociedade. [...] Deve-se questionar, acima de tudo, em que medida o valor da dignidade humana não serviu apenas de justificação mítica das opressões penais, das violências meticulosamente repetidas, do sangue prometido, dos altos e ingratos preços das nostalgias totalitárias da consagração a todo custo da “boa ordem”. (CARVALHO, T., 2014, p. 141)

Um dos dilemas da modernidade é a luta pela independência individual, rompendo os laços de condicionamento pessoal, contra a afirmação de uma verdade universal, que vincule todos os elementos da comunidade. Trata-se de um dos elementos da tradição liberal-individualista, que traz consigo a noção de igualdade formal perante a lei – no nosso caso, positivada no art. 5º, “*caput*”, e inciso II, da Constituição Federal de 1988. Essa noção causará a tensão entre as noções de *identidade* e *diferença*. Isso será percebido por HERRERA FLORES (2003, p. 09-11), que indicará que as inúmeras “conquistas de direitos” não se fizeram acompanhar de reconhecimento e respeito das diferenças. Se a política nasce para possibilitar a convivência entre diferentes, como afirma Arendt, “[...] é imprescindível notar que o individualismo liberal concebe a igualdade de forma estritamente abstrata e, assim, consolida a reprodução das desigualdades de raça, classe, gênero, etc. Portanto, a homogeneidade serve como véu ideológico que dissimula as desigualdades reais e concretas” (CARVALHO, T., 2014 p. 147).

Trata-se de um argumento útil às elites dominantes, importado dos países centrais, adaptado aos seus interesses, sem a contrapartida de inclusão dos marginalizados (MOREIRA, 2010, P. 130). Diferentemente do que ocorre na comunidade europeia, onde, ainda que a ideologia da igualdade não se concretize em toda a extensão de sua dimensão teórica, ao menos gera a

demanda por efetivação de garantias. Evidentemente que a legitimação de desigualdades também está presente em sociedades centrais, muitas vezes disfarçada de legalidade ou sob a alcunha de igualdade formal, entretanto, no caso brasileiro a desigualdade se escancara e se naturaliza (MOREIRA, 2010, p. 132) provocando ao próprio povo uma dificuldade de enxergar-se como unidade (MOREIRA, 2010, p. 123).

Nesse processo vemos a “invisibilidade pública como desaparecimento subjetivo de um homem e humilhação social como expressão da desigualdade política” (MOREIRA, 2010, p. 135), ou seja, promove-se a invisibilidade social pela cassação de voz, de atuação, de um cidadão, negando-se sua existência política e permitindo uma existência sem significado.

O sistema penal, como parte desse argumento, não permite o reconhecimento, pelo menos não o reconhecimento mútuo entre cidadãos iguais. Ele acaba resultando em etiquetamento, em dominação, em imposição de uma identidade por parte do dominador ao dominado: “[...] o reconhecimento errôneo por parte dos outros provoca, na formação da identidade, uma real distorção e atua como poderosa forma de opressão, ao aprisionar os indivíduos numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora” (CARVALHO, T., 2014, p. 149). Evidente que uma situação problemática, um conflito, gerará um momento de tensão entre os envolvidos, mas, aparentemente, o sistema penal não se constitui na melhor ferramenta de solução, primeiro por que subtrai das partes a possibilidade de resolvê-lo e atribui tal responsabilidade ao Estado – na figura de terceiro imparcial e equidistante –, segundo porque, ao generalizar e tornar abstrato, por meio de uma narrativa jurídica, um fato concreto, “Essa narrativa política, legitimadora do formalismo jurídico, projeta no campo penal as linhas essenciais do imaginário punitivo moderno e contemporâneo, que assume a negação do conflito como seu fundamento político e epistemológico. Assim, a própria dignidade é recusada, já que a conflitividade é um componente da condição humana da pluralidade” (CARVALHO, T., 2014, p. 150).

O sistema penal, ao estabelecer a proteção de bens e direitos fundamentais da comunidade política deveria realizar a proteção da dignidade humana de cada indivíduo. Todavia, em termos práticos, acaba por exercer o controle social vigiando e observando os movimentos e ameaçando punir as práticas indesejadas. Eric Lotke (1998) demonstra, nos EUA, que a hipertrofia do encarceramento em nada reflete o crescimento das taxas de criminalidade, mas, ao contrário:

Quanto mais presente o sistema penal se faz em uma sociedade, menos espaço há para afirmação da igualdade e da dignidade. O trabalho legítimo dos conflitos, típico de uma sociedade democrática e igualitária, dispensa o uso constante da força e da violência. O princípio da não violência consiste no fundamento máximo de uma comunidade de princípios democráticos. (CARVALHO, T., 2014, p. 159)

Não pode haver sociedade democrática onde impera o medo, a desconfiança e a violência recíprocas, a exclusão social e uma atuação estatal autoritária e tirânica (CARVALHO, T., 2014, p. 22). É necessário repensar a Justiça Penal e sua forma de funcionamento se realmente desejamos alcançar o patamar de uma sociedade justa, livre e democrática. É necessário identificar uma forma de atuar que seja eticamente justificável e que reconheça a alteridade como ponto de partida e de identificação entre os diversos membros da comunidade. É preciso dar ação e voz a todos, em especial aos excluídos. É urgente que o sistema penal reconheça a forma de dominação imposta através de sua “dignidade humana abstrata” e comece a atuar de forma mais legítima e democrática, identificando em seus “clientes” cidadãos, e não inimigos, portadores da mesma dignidade humana daqueles que exercem as funções judiciais formais.

## 1.2 A CRÍTICA ÉTICA E A FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO

Tudo o que foi visto no tópico anterior justifica a escolha de Enrique Dussel, filósofo da libertação, como base teórica para o estudo da alteridade. KROHLING (2014, p. 87) nos ensina que Dussel trata da dialética na esteira do múltiplo

dialético, resgatando o termo marxiano de “exterioridade” e afirmando a ética do outro e da alteridade. Por sua vez, Antonio Rufino Veira (2010, p.83), analisando a releitura que Dussel faz do pensamento marxiano, afirma que “A análise dusseliana de Marx tem por fim de mostrar que o pensamento de Marx é, sobretudo, ético”. Todo caminho percorrido em Dussel demonstra a necessidade de superação de uma ordem posta, para instauração de uma nova situação onde seja possível a inclusão dos até então excluídos. Para que essa ruptura seja possível, o outro desempenha papel de suma relevância, uma vez que a “libertação” somente acontecerá após o seu reconhecimento como pessoa. Sobre a teoria da libertação, afirma Dussel (1995, p. 117):

[...] são exatamente situações-limites que interessam à Filosofia da Libertação (as guerras, as revoluções, os processos de libertação das mulheres, das raças oprimidas, das culturas populares, bem como dessas maiorias que se encontram em situações de não-direito, dessa Periferia ou mundo colonial que, por definição, se acha subjugado por uma estrutura de opressão etc.). O princípio “Liberte *hic et nunc* o oprimido!”, ou “Faça com que o atingido/excluído também participe!” exige a realização de um procedimento, mas não uma “aplicação” propriamente dita do transcendental empírico.

Ou, ainda, no dizer de Wolkmer (1994, p. 241):

A ética da alteridade é uma antropologia da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

Nos ensina, ainda, SOARES (2005, p. 206):

[...] a identidade só existe no espelho e esse espelho é o olhar dos outros, é o reconhecimento dos outros. É a generosidade do olhar do outro que nos devolve a nossa própria imagem ungida de valor, envolvida pela aura da significação humana, da qual a única prova é o reconhecimento alheio. Nós nada somos e valem nada se não contarmos com o olhar alheio acolhedor, se não formos vistos, se o olhar do outro não nos recolher e salvar da invisibilidade – invisibilidade que nos anula e que é sinônimo, portanto, de solidão e incomunicabilidade, falta de sentido e valor. Por isso, construir uma identidade é necessariamente um processo social, interativo, de que participa uma coletividade e que se dá no âmbito de uma cultura e de um determinado momento histórico.

A ética da libertação não se apresenta como uma teoria crítica das minorias, nem é aplicável apenas às épocas de conflitos excepcionais, mas configura-se numa ética cotidiana, a partir e em favor de todos aqueles excluídos pela globalização dos dias atuais (DUSSEL, 2012, p. 15).

A teoria de Dussel parte de dois paradigmas da Modernidade: o primeiro, elaborado a partir de um horizonte eurocêntrico, propõe que a modernidade é um fenômeno exclusivamente europeu, como apontam Weber e Hegel, enquanto o segundo a partir de um horizonte mundial, identifica a modernidade como a cultura central do “sistema-mundo” que vai se “mundializando” (DUSSEL, 2012, p. 51-52). A modernidade é, então, um fenômeno que tem um centro e uma periferia. A Europa, centro desse sistema onde ocorre o fenômeno, não ocupa tal posição à toa, mas sim como fruto de sua superioridade interna acumulada na Idade Média sobre outras culturas e em decorrência das conquistas e colonizações decorrentes das grandes navegações.

A primeira modernidade hispânica, por exemplo, a partir do século XVI, renascentista e humanista, produziu uma reflexão teórica ou filosófica da maior importância, mas que passou despercebida para a “filosofia moderna”: questionava o direito que o europeu tinha de ocupar, dominar e gerir as culturas então descobertas. Tal problemática, que passou a ser ignorada pela filosofia, permanece como questão fundamental para a ética da libertação até os dias atuais (DUSSEL, 2012, p. 60-61).

Um dos problemas da filosofia moderna é a racionalização simplificadora. Podemos tomar como exemplo a subjetividade corporal mulçumano-medieval que foi simplificada por Descartes (2009, p. 60) como um *ego*, da seguinte forma: “De sorte que este eu, isto é, a alma pela qual sou o que sou, é inteiramente distinta do corpo, e até mais fácil de conhecer que ele, e, mesmo se o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é”. Esta ideia, de que o corpo é apenas uma máquina estranha à alma, e a dela decorrente, de que a alma é o que nos identifica como sujeitos únicos e irrepetíveis, será retomada por Kant (*apud* DUSSEL, 2012, P. 62):

A alma humana deveria ser olhada como ligada, na vida presente, a dois mundos (*zwein Welten*) ao mesmo tempo: deste mundos, à medida que forma com o corpo uma unidade pessoal, não sente senão o mundo material (*materielle*); ao contrário, como membro do mundo dos espíritos (*als ein Glied der Geisterwelt*) [sem corpo] recebe e propaga as puras influências das naturezas imateriais.

Tal dualismo será aplicado por Kant também na ética, com a negação da razão prático-material que será substituída pela razão instrumental, sem que se percebesse que essa redução simplificadora ignorava a complexidade orgânica da vida. Dussel (2012, p. 62-63), sobre o tema, afirma que:

A “racionalização” da vida política (burocratização), da empresa capitalista (administração), da vida cotidiana (ascetismo calvinista ou puritano), a descorporalização da subjetividade (com seus efeitos alienantes tanto do trabalho vivo – criticado por Marx –, como em suas pulsões – analisado por Freud), a não eticidade de toda gestão econômica ou política (entendida só como engenharia técnica), a supressão da razão prático-comunicativa substituída pela razão instrumental, a individualidade solipsista que nega a comunidade, etc., são exemplos de diversos momentos negados pela indicada *simplificação* formal de sistemas aparentemente necessária para uma “gestão” da “centralidade” do sistema-mundo que a Europa se viu obrigada a realizar peremptoriamente.

Diante do horizonte planetário que se apresenta, é possível visualizar ao menos duas posições possíveis em face do problema da modernidade: uma primeira posição “desenvolvimentista” afirma que a modernidade é um fenômeno exclusivamente europeu em expansão desde o século XVII e que precisa terminar de se realizar – é a posição de Habermas ou Apel, racionalistas críticos –; a segunda posição, formulada a partir da periferia do sistema-mundo, considera a modernidade como a “gestão racional” deste sistema, e tenta recuperar o recuperável – um projeto de libertação da periferia, negando a dominação e exclusão deste sistema:

O problema que se descobre é o esgotamento de um sistema civilizatório que chega ao seu fim. A superação da razão cínico-gerencial (administrativa mundial) do capitalismo (como sistema econômico), do liberalismo (como sistema político), do eurocentrismo (como ideologia), do machismo (na erótica), do domínio da raça branca (no racismo), da destruição da natureza (na ecologia), etc., supõe a libertação de diversos tipos de vítimas oprimidas e/ou excluídas. É nesse sentido que a ética da libertação se define como transmoderna (já que os pós-modernos são ainda eurocêtricos). (DUSSEL, 2012, p. 65)

Por mais apocalíptico que parece, a dura realidade é essa: a modernidade parece estar chegando ao seu fim. Podemos visualizar isso em dois limites absolutos: a exploração ecológica do planeta, na medida em que a razão instrumental da modernidade transformou a natureza como um objeto explorável pela humanidade em busca de uma melhor “qualidade de vida” – expressão abstrata que, na verdade, oculta a acumulação de capital –; sendo a natureza só um meio de produção, corre o risco de ser consumida, esgotada, findando as condições para a própria existência da vida: “A vida é a condição absoluta do capital; sua destruição destrói o capital. [...] Mas o capital não se pode autolimitar. Enquanto tal, torna-se o perigo supremo para a humanidade” (DUSSEL, 2012, p. 66); o derradeiro limite absoluto da modernidade é a própria humanidade: na medida em que o “trabalho vivo” é uma das mediações fundamentais do capital – já que o sujeito humano é o único que pode agregar/gerar valor (mais-valia) – impondo sempre mais tempo absoluto de trabalho e, quando não o pode fazer, aumenta a produtividade por meios tecnológicos, gerando portanto, “humanidade sobrando, desprezada, desempregada, excluída”. Num panorama geral:

Desta maneira a Modernidade enfrenta a impossibilidade de subsumir as populações, as economias, as nações, as culturas que atacou agressivamente desde sua origem, que excluiu de seu horizonte e que confina na miséria. É todo o tema da exclusão da alteridade da América Latina, da África e da Ásia, e de sua indomável vontade de sobrevivência (como reprodução e desenvolvimento da vida humana). Voltaremos ao tema, mas aqui não gostaríamos de deixar de dizer que o “sistema-mundo” globalizador chega a um limite enquanto simultaneamente exclui o Outro, que “resiste” e de cuja afirmação parte o processo de negação da crítica da libertação. (DUSSEL, 2012, p. 67)

Diante do quadro que se apresenta, a ética da libertação deve, por meio da etnografia, refletir sobre a implantação da própria filosofia: talvez tenha passado despercebido aos filósofos que o problema da “universalidade” apresentado para a Modernidade foi que a cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc., europeias foram tomadas como cultura, civilização, filosofia, subjetividade, etc., humano-universal abstrata (DUSSEL, 2012, p. 69). Há uma voz, uma filosofia, uma civilização, uma subjetividade, proveniente da alteridade dominada, explorada, que sempre foi ocultada pelo discurso dominante (negando o contradiscurso). O Outro é a origem do contradiscurso europeu. Para a

modernidade ser definida mundialmente, deveria incluir sua alteridade periférica. Tal contradiscurso é um produto dialético, um diálogo crítico a partir da alteridade: o estudo do pensamento (tradições e filosofia) da América Latina, Ásia e África (de todos os excluídos) é uma ferramenta essencial, na medida e que resgata a voz, o contradiscurso não hegemônico, dominado, silenciado, esquecido e até excluído da alteridade da modernidade:

Isto é essencial para nosso projeto filosófico. A *filosofia da libertação* é um contradiscurso, é uma filosofia crítica que nasce na periferia (e a partir das vítimas, dos excluídos) com pretensão de mundialidade. Tem consciência expressa de sua perifericidade e exclusão, mas ao mesmo tempo tem uma pretensão de mundialidade. (DUSSEL, 2012, p. 73)

É necessário ter consciência do horizonte ignorado. É fundamental reconhecer as outras posições assimétricas como fontes na construção da identidade do eu moderno. Não se pode negar irresponsavelmente essa experiência: a vida deve ser reconhecida a partir da etnofilosofia crítica e reconstruída com profundidade. A filosofia e a ética devem libertar-se do “eurocentrismo” como fonte hegemônica e empírica e faticamente reconhecer a alteridade excluída, acabar com a dominação e possibilitar o desenvolvimento da vida humana. O reconhecimento do discurso do Outro é o primeiro momento do processo ético de libertação da filosofia (DUSSEL, 2012, p 74-79).

### 1.3 A ÉTICA MATERIAL: A VERDADE PRÁTICA

Enrique Dussel trabalha com um conceito de ética de conteúdo, também chamada material, a qual ele define como “uma ética da vida, isto é, a vida humana é o conteúdo da ética”. O autor tenta indicar alguns elementos de um princípio universal de toda ética, em especial das éticas críticas: “o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade” (DUSSEL, 2012, p. 93). Trata-se de um princípio que tem pretensão de universalidade, realizável através das culturas, revelando seus valores fundamentais, indispensáveis ao alcance da “vida boa” ou da felicidade. Todas as culturas são modos peculiares (localizados) de vida, mas

todos motivados pelo princípio universal da vida humana de cada um de seus membros. O próprio suicídio, tido como ato-limite, não é uma exceção a essa regra: a conduta do sujeito que tira a própria vida, alegando que, em meio ao sofrimento ela não faz mais sentido, apenas comprova que “a vida não vivível funda a possibilidade de negar a vida” (DUSSEL, 2012, p. 94). Ou seja, até o ato-limite de tirar a própria vida pode ser eticamente justificável no princípio da manutenção da vida digna.

A ética, como princípio básico da manutenção da vida humana, se manifesta na dimensão da corporalidade com processos orgânicos. Estudos da biologia cerebral permitem demonstrar, em reducionismos que o nosso sistema cognitivo e afetivo-avaliativo cerebral humano estão capacitados para reconhecer um valor ético autorreferencial, não necessariamente consciente – embora a consciência se torne determinante na intervenção crítica e corretiva dos processos mentais. Citando especialistas como Humberto Maturana, Gerald Edelman e Antonio Damasio, Dussel (2012, p. 95 e ss) afirma que nos três graus de unidades orgânicas da vida a própria vida está equipada para subsistir. O cérebro humano, “momento interno de corporalidade humana”, é um sistema de reconhecimento por seleção a partir de um critério universal de manter, reproduzir e desenvolver a vida humana. Ou seja, tudo isso faz parte das funções do cérebro, o órgão diretamente responsável pelo “continuar vivendo”. Trata-se de um processo que percorre um caminho, passando pela região talâmico-cortical, pelo sistema límbico e a base do cérebro: ou seja, o próprio cérebro é capaz de determinar, constatar e julgar, através de um “critério de verdade fundamental” sobre aquilo que permite o desenvolvimento da vida e sobre aquilo que se opõe a ela. O “valor” aqui atribuído é a mediação que permite a sobrevivência, o que é guardado pela memória. Trata-se de uma ciência prática, a serviço da verdade verificável.

Ter consciência de que algo é bom ou ruim – um alimento ou um veneno, por exemplo – pressupõe a capacidade de captar a diferença do “si mesmo” e do “não si mesmo”, bem como a capacidade de confrontar aquilo que se apresenta com a memória disso mesmo: “O mais relevante para a filosofia é a explicação neurobiológica da autoconsciência, tal como a propõe Edelman” (DUSSEL,

2012, p. 99). O significado surge da interação da memória – experiências anteriores – para categorizar valores, ou seja, da atividade combinada de áreas conceituais com áreas de linguagem. Assim, Humberto Maturama (*apud* DUSSEL, 2012, p. 100) afirma que:

[...] a linguagem não é um modo primário de operar do sistema nervoso. Pelo contrário, é um subsistema *ad hoc* originado filogeneticamente pela espécie *homo* (que foi desenvolvendo a córtex cerebral pela evolução), a fim de nomear e comunicar um mundo perceptivo *global* que, sem a língua, não permitia um manejo dos “objetos” de maneira distinta ou analítica.

Assim, a “unidade de terceiro grau” humana, dá-se através de um produto cultural – não apenas um momento neurológico ou genético – a linguagem. A autoconsciência só é possível quando a corporalidade, por meio das funções superiores do cérebro, é capaz de compreender-se e conceituar-se como “si mesmo” claramente distinto do “não si mesmo” – o outro.

O sistema cerebral avaliativo-afetivo – tema muito caro à ética – baseia-se, em primeiro lugar, pelos estímulos “dor” e “prazer” – não encarados aqui como emoções, mas como informações captadas pelas células receptoras. Em princípio, o que causa prazer é aquilo que leva à reprodução da vida e o que causa dor é aquilo que anuncia, em última análise, a morte. Desta forma, afirma Dussel (2012, p. 102) que “Estes ‘estados corporais (*body states*)’ repercutem em toda a estrutura da corporalidade (no nível endócrino, químico, neurológico, muscular, psicológico, etc.), constituindo o ‘mecanismo básico’ da emoção primária. Trata-se da ‘subjetividade’ e do ‘psiquismo’ de Lévinas que não são momentos cognitivos, representativos ou eidéticos”.

Uma das funções superiores do cérebro é o processo pelo qual as emoções secundárias incorporam o processo de categorização e ordenação das próprias emoções, avaliando-as. Tudo isso relacionado ao conjunto da corporalidade em seus diversos níveis, que forma um “sentir avaliativo geral reflexo” – uma consciência moral ou ética – num estado autoconsciente e linguístico. As emoções não são, portanto, sentimentos intangíveis e vaporosos como muitos afirmam. Elas possuem um objeto concreto que se relaciona com o corpo e com

o cérebro, produzindo uma informação perceptível pelo corpo como qualquer outro sentido – visão ou tato, por exemplo.

A negação do corpo em nome de uma ética abstrata e intangível já causou muito mal à humanidade. Na opinião de Dussel, “O dualismo e o formalismo kantiano (como o cartesiano e de tantos outros sistemas éticos modernos puramente formais) causaram muito dano à ética”. Prossegue, afirmando que “A negação do ‘corpo’ em favor de uma ‘alma’ descorporalizada (desde os gregos até as éticas modernas) nos fala de uma tradição bem-determinada” antagônica aquilo que as ciências neurocerebrais tem revelado, recuperando o sentido da corporalidade. Para Dussel, “as funções superiores do cérebro exigem que descartemos definitivamente a simplificação sumamente ambígua em ética de uma ‘alma’ substancial independente” (2012, p. 104-105). A ética da libertação baseia-se, portanto, em uma compreensão unitária do ser humano como um todo.

Assumindo algumas reflexões de Maturana (*apud* DUSSEL, 2012, p. 106) afirma-se que o último nível do desenvolvimento pode ser denominado ético – uma relação dada no meio linguístico entre os vários organismos de uma comunidade que através da consciência reflexiva alcançou o reconhecimento da liberdade (autonomia) diante de um outro sujeito ético:

Por isso, tudo que dissemos aqui, este saber que sabemos, implica uma ética que inescapável e que não podemos eludir [...] A aceitação, do Outro [...] na convivência, é o fundamento biológico do fenômeno social [...] Qualquer coisa que destrua ou limite a aceitação do Outro [...], desde a competência [do mercado] até a posse da verdade [dogmaticamente], passando pela certeza ideológica, destrói ou limita o fato de se dar o fenômeno social, e portanto humano, porque destrói o processo biológico que o gera. (MATURANA *apud* DUSSEL, 2012, p. 106)

Assim, ao contrário do que se afirma dogmaticamente desde o cartesianismo e o positivismo científico, acreditamos que, de acordo com a neurobiologia, a evolução produziu (e produz) as condições cerebrais para que seja possível fundamentar dialética e materialmente o fenômeno ético. A atividade do sistema límbico consiste, exatamente, em determinar a própria hierarquização avaliativa sobre o “dever-ser” para que a reprodução da vida e o desenvolvimento do

sujeito ético ocorra (DUSSEL, 2012, p. 107). Isso não quer dizer que a consciência ética autorresponsável possa suprir os complexos mecanismos da vida pós-moderna, mas que deve atuar corretivamente nos momentos críticos.

Se, em algum momento da história, o utilitarismo se propôs como argumento ético em face do racionalismo “metafísico”, utilizando-se de certas abstrações ou reduções claras, como a posse de bens como propriedade privada (que estabiliza a sociedade em paz, e permite a institucionalidade do desfrutar feliz), o amor a si mesmo a partir de uma compreensão individualista (que abandona a comunidade), a simpatia de um senso moral (conservadora, sacralizando o *statu quo*) e a benevolência altruísta que pode ser resumida na seguinte tese de Jeremy Bentham (1948, p. 3.): “o axioma fundamental é: a maior felicidade do maior número é a medida do bem ou do mal”.

Assim o utilitarismo se propõe a definir um critério único ou um princípio universal ético, determinado por uma felicidade alcançada pelo adimplemento das preferências de consumo, por opção da utilidade, esta determinada pelo desejo do comprador, em uma sociedade capitalista. Uma primeira dificuldade de tal critério é a ausência de significado concreto do conceito de felicidade, já que nem Bentham nem Mill se dispõem a apresentá-lo – portanto, não se sabe se tal felicidade é individual ou comunitária, ideal ou corpórea, nem como ela se manifesta diante dos conflitos. Outra dificuldade, apontada por Dussel (2012, p. 112) é que como tal satisfação é alcançada pelo consumo – satisfação das preferências – do comprador do mercado, graças a distribuição capitalista dos bens (que é supostamente meritocrática), “Existe então um círculo abstrato e perverso: o capital é condição *a priori* absoluta do cumprimento do fim ético (a felicidade)”. Prossegue, ainda:

Isto é, o utilitarismo se move num círculo abstrato da razão instrumental, onde o fim é a felicidade e onde os meios para alcançá-la são calculados formalmente, mas sempre dentro do mercado capitalista como horizonte. Não se descobre ainda um princípio material da ética, mas a mera felicidade subjetiva (embora material) do consumidor. (DUSSEL, 2012, p. 112-113)

O que o utilitarismo não percebe é que é impossível que a totalidade da população seja totalmente feliz dentro do atual sistema econômico, uma vez que o capitalismo concentra riquezas em mãos de poucos ao custo da pobreza de muitos. Embora seja sensível ao indicar a relação entre ética e economia, o utilitarismo interrompe sua trajetória sem aprofundar a essência do capital. Para avançar, é necessário que uma democracia social, com legislação econômica adequada, possa permitir a satisfação dos interesses (a felicidade utilitarista) da maioria. Nas palavras de Dussel:

O utilitarismo indica a importância de um aspecto do critério material subjetivo: a felicidade (momento que as morais formais atuais negam sem nuances); mas não chegou a definir um critério (que será para nós a “vida humana” concreta) capaz de subsumir os outros aspectos materiais (tais como os valores, a lógica das pulsões, etc.) que possa fundar-se ou desenvolver-se como um princípio ético universal. (DUSSEL, 2012, p. 115)

Pretendemos, portanto, demonstrar como uma Ética da Libertação pode aceitar que todo debate, conflito ou luta, parte de uma determinada tradição. Se os três “mal-estares” da modernidade – o individualismo, a primazia da razão instrumental ou do capitalismo tecnológico e o despotismo do sistema – causaram a perda do sentido da vida na sociedade burocratizada, é a partir de um critério material que devemos recuperá-lo. Esse critério material, para ser autêntico, deve ser dialógico, a partir do reconhecimento do outro – reconhecimento onde se afirma tanto a “identidade” quanto a “diferença” existente. Negar o reconhecimento do outro é, também, uma forma de opressão. A ideia reguladora compartilhada pela Ética da Libertação é que, em uma sociedade, nenhum bem social sirva ou possa servir como meio de dominação, utilizando-se, para tanto, das categorias de alteridade, exterioridade ou exclusão, em horizontes críticos (DUSSEL, 2012, p. 123). É necessário afirmar que há sempre algum tipo de dominação, mas que esta deveria ser superada tão logo fosse descoberta.

Se o ser humano constitui a realidade como objetiva na medida exata em que a determina como mediação da vida humana, a vida humana deve ser o modo de realidade do sujeito ético. Os limites e conteúdos impostos por ela (necessidade de alimentação, moradia, segurança, liberdade e soberania, identidade cultural,

plenitude espiritual) devem constituir o parâmetro objetivo de uma ética material. A vida humana real, a partir de sua corporalidade e necessidades, gera a vida humana autoconsciente. Esse critério material – reprodução e desenvolvimento de toda vida humana – é universal e comunitário (DUSSEL, 2012, p. 131-133). Nas palavras do próprio Dussel:

Poderíamos, por estes e muitos outros textos que achamos excessivo citar, concluir que o critério material universal com o qual Marx teria desenvolvido uma ética poderia ser enunciado da seguinte maneira, de modo aproximativo: Aquele que atua humanamente sempre e necessariamente tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento autorresponsável da vida de cada sujeito humano numa *comunidade da vida*, como cumprimento material das necessidades de sua corporalidade cultural (a primeira de todas o desejo do outro *sujeito* humano), tendo por referência última toda a humanidade. (DUSSEL, 2012, p. 134)

Se o ser humano é o único ser vivente autorresponsável, a eticidade de sua vida é a autorresponsabilidade sobre a permanência da vida. A partir de tal realidade, a do ser-vivente, é possível fundamentar a exigência do dever-ser da própria vida:

Eis aqui a fragilidade, mas ao mesmo tempo a necessidade da ética, em seu nível deôntico, como normativa! Se a humanidade perdesse esta consciência – e parece que está perdendo, como se pode verificar da insensibilidade diante do assassinato do Outro, diante da miséria da maioria de seus membros no Sul do planeta Terra – poderia precipitar-se num suicídio coletivo. O *viver* transforma-se assim de um *critério* de verdade prática numa *exigência* ética: *no dever-viver* (DUSSEL, 2012, p. 141).

A ética, portanto, não trata apenas dos âmbitos valorativos de juízos subjetivos de valor, mas cumpre as exigências urgentes da sobrevivência de um ser humano autoconsciente, cultural e autorresponsável. Exemplifica-se, facilmente, com a crise ecológica: ou o ser humano corrige ética e autorresponsavelmente os efeitos negativos da utilização devastadora dos bens naturais ou a espécie caminhará até um suicídio coletivo. Todo aquele que atua eticamente deve produzir e reproduzir as condições de existência da vida humana de forma concreta, cultural e autorresponsável, tendo como referência última toda a humanidade, ou seja, na prática de um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e universalidade (DUSSEL, 2012, p. 142-143).

## 2 O PONTO DE VISTA MARGINAL: A NECESSIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA A PARTIR DO SUJEITO LATINO-AMERICANO EM CONTRAPOSIÇÃO AO CONTROLE SOCIAL REALIZADO PELA CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL

É de conhecimento de todos que as matrizes teóricas utilizadas pelos juristas de nosso continente são derivadas, importadas, do pensamento primeiro-mundista e que aqui, no mundo periférico, adquiriram um caráter cruel, exterminador e genocida de segregação social (SILVA FILHO, 2014, p. 359). Trata-se de um processo histórico-social derivada da ideologia do *eurocentrismo*<sup>7</sup> que considerou os nativos desta terra ora “puros” e “infantis”, ora bárbaros, pagãos e adoradores do demônio, em razão de uma visão teológica que já demonstrava sinais de decadência e que, ao ser substituída pela matriz científica naturalista, passou a etiquetar os originários deste continente de “naturalmente inferiores” (SILVA FILHO, 2014, p. 360).

Nesse discurso acerca da centralidade e da periferia do poder, a questão do controle social se torna um tema prioritário. A disciplina necessária para que os países periféricos se mantenham dentro do marco previsto pelas potências imperiais e suas relações de produção condicionam a forma dos sistemas de controle, inclusive o Direito Penal (CASTRO, 2015, p. 33).

A Criminologia, durante muito tempo, declarou ter como objeto de estudo o delinquente, o delito e a delinquência, sempre através de uma muito variada metodologia causal-explicativa. Mais recentemente, no entanto, a tendência denominada *labelling* ou rotulação passou a preocupar-se com um aspecto até então oculto do fenômeno: a reação social, ou o poder de determinar as condutas que se tornariam delitivas e, com isso, criar a delinquência (CASTRO, 2015, p. 41). Embora nenhum criminólogo clássico ou positivista admita ser um teórico

---

<sup>7</sup> Com esse termo pretende-se referir à visão histórica unilateral dos povos que a partir de 1492 invadiram o continente atualmente chamado de América Latina mediante violência e encobrimento do outro sob o fundamento da falácia desenvolvimentista e progressista (SILVA FILHO, 2014, p. 360).

do controle social, Lola Aniyar de Castro afirma que “a criminologia é um braço importante do controle social, orientada a assegurar os valores essenciais de um sistema” (2015, p. 43). Prossegue, ainda, a autora:

Não afirmamos que o conhecimento criminológico e penal normalmente produzido numa época tenha assumido conscientemente essa função legitimadora, mas que, de um modo ou de outro, produziu legitimação (CASTRO, 2015, p. 43).

Importante ressaltar como esse discurso se comunicará com os direitos humanos ou garantias fundamentais para produzir uma legitimidade de controle social. A título de exemplo, a Lola Aniyar de Castro enumera o princípio da legalidade (ou reserva legal) que, ao selecionar as condutas típicas – distribuição dos ilegalismos – tornará alguns ilícitos penais, enquanto outros serão ilícitos civis, administrativos ou mercantis protegendo interesses específicos de uma determinada classe social preponderante em um determinado momento histórico – a burguesia derivada da revolução francesa. Por outro lado, a chamada ressocialização (e seus diversos outros nomes) “constitui o mais refinado instrumento ideológico, mas também violento, de dominação” (CASTRO, 2015, p. 48).

Assim, é precisa a autora quando afirma que, “se criminologia é controle social, criminologia é poder” (CASTRO, 2015, p. 51). E se o poder até então foi exercido, nestas terras, pelos “invasores” e “dominadores”, é chegada a hora de uma criminologia crítica do controle social superá-la. É preciso repensar o discurso jurídico-penal que “racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas” enquanto “os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa” (ZAFFARONI, 1991, p. 13). A teoria crítica, inspirada claramente em Marx, “surge da irracionalidade e da barbárie da sociedade contemporânea”, buscando alertar os homens acerca da necessidade de transformar suas vidas baseadas em relações econômicas alienadas e inumanas (CASTRO, 2015, p. 60).

Logo, uma criminologia crítica latino-americana, realizada sob o ponto de vista do dominado nativo do nosso continente e a partir de sua realidade social, se

torna uma valiosa ferramenta na medida em que é muito mais adequada e fidedigna à realidade, além de mais democrática como realização de poder:

Com uma criminologia entendida e praticada dessa maneira, será possível proceder à análise e à denúncia de estrutura do controle social atual na América Latina, desnudando seu caráter legitimador, apresentando assim às classes subalternas um discurso transparente que estimule a consciência de classe e uma compreensão das verdadeiras condutas dissonantes (CASTRO, 2015, p. 64).

Fundamental se faz, portanto, analisar o controle social realizado pelas ciências jurídico-penais em seu atual estágio, reconhecer suas pretensas razões – legítimas ou não – e, uma vez identificadas idiosincrasias, reformular, através de uma postura crítica, os pressupostos necessários a uma ciência penal mais legítima e democrática.

## 2.1 A CRIMINOLOGIA COMO CONTROLE SOCIAL E SUAS RELAÇÕES COM O PODER

De acordo com a professora Lola Aniyar de Castro, uma das formas pelas quais o controle social informal opera é no “trabalho ideologizante das chamadas ciências humanas e sociais”, inclusive na criminologia (CASTRO, 2015, p. 67). O estado moderno, formulado sob o paradigma contratualista desde Hobbes, pretende alcançar o estágio de civilização outorgando ao soberano o monopólio da violência e criando o modelo sociológico do consenso, outorgando ao código penal um *status* incontestável de “definidor supremo do bem e do mal” (CASTRO, 2015, p. 68). Anitua, ao estudar o modelo de consenso estabelecido por Hobbes, acaba por definir o estado como sendo a:

[...] pessoa resultante dos atos de uma grande multidão que, por pactos mútuos, o instituiu com o objetivo de que ele esteja em condições de empregar a força e os meios de todos, quando e como reputar oportuno, para assegurar a paz e defesas comuns. O titular desta pessoa denomina-se soberano e seu poder é soberano; cada um dos que o rodeiam é seu súdito (ANITUA, 2015, p. 94).

O contrato ou consenso hobbesiano é baseado em uma submissão cedida ante o medo “razoável”: trocam-se direitos individuais por “paz e ordem”. Trata-se de um poder tal que o estado “tem direito de vida e morte sobre os indivíduos” e, como bem acentua Anitua, “é no âmbito do punitivo que isso se evidencia e é colocado em prática” (2015, p. 94). Neste momento, a escola clássica de direito penal é “uma criminologia administrativa e legal, uma forma de controle social fundante da nova ordem estabelecida (para utilizar o conceito weberiano) pela via de dominação legal” (CASTRO, 2015, p. 69).

Ainda baseada no modelo do consenso, e apesar de recusar expressamente qualquer enquadramento sócio-político, a criminologia positivista vai apregoar uma “ordem orgânica” das coisas (CASTRO, 2015, p. 71-72). O método científico adotado criou a ilusão de que um sistema punitivo é consequência de uma teoria penal que atribui à teoria um poder imaginário sobre a realidade (BATISTA, V., 2013, p. 47). Ao recusar o enquadramento sócio-político e não questionar a construção política do direito penal, a criminologia positivista “cumprir um importante papel político, de legitimação da ordem estabelecida” (BATISTA, 2013, p. 29-30). A influência do positivismo na criminologia será responsável por estabelecer os critérios de anormalidade, doença, desvio, patologias sociais ou desagregação social, atribuindo à população carcerária as características associadas do pobre, feio, anormal e perigoso: o estereótipo do delinquente, sempre pertencente às classes subalternas (CASTRO, 2015, p. 74). Retomando Nilo Batista:

Tal criminologia necessariamente tende a tratar o episódio como episódio *individual* e respaldar a ordem legal como ordem *natural*: não por acaso, seus precursores procuraram tematizar um “*homem delinquente*” que ao lado dos “loucos morais” viola a ordem legal, ou um “*delito natural*”, que atinge “sentimentos” encontráveis nas “raças superiores”, indispensáveis para a “adaptação do indivíduo à sociedade”, isto é, para a manutenção da ordem legal (BATISTA, 2013, p. 30).

Especificamente na América Latina, o positivismo spenceriano e racista serviu para subjugar minorias étnicas e justificar relações de exploração (CASTRO, 2015, p. 74). Aqui, a “essência” daquilo que é considerado crime corresponderá à “essência” da “condição inferior de negros, mulatos, mestiços e índios”, na

medida que a ideologia da defesa social considerará a existência de valores absolutos, ignorando a vasta diversidade cultural destas terras (SILVA FILHO, 2014, p. 395). Sob o argumento da “segurança nacional”, o “autoritarismo democrático” levou a criminologia estigmatizadora a uma relevância funcional: “a luta do mau contra o bom” (CASTRO, 2015, p. 75). Tal criminologia tornará necessária a utilização de construções sobre como são os bons e os maus, conclamando a “ressocialização”: o delito passa a ser visto como instrumento para manter o consenso através do castigo (CASTRO, 2015, p. 79).

Ao modelo do consenso será oposto o modelo do conflito, iniciado por Hegel, para quem o estado é a síntese da oposição entre família e sociedade civil e, com o surgimento da monarquia constitucional, o monarca, por ser transclassista, seria a entidade perfeita para resolução dos conflitos. Por outro lado, Marx denunciará o caráter classista de tal estado e defenderá que o proletariado é a “única classe universal, porque sua existência não depende da exploração de outras e, portanto, expressa os únicos interesses que podem ser generalizáveis”. O modelo de conflito sustentará a criminologia interacionista e a criminologia crítica ou radical e, a partir deste momento, sua função legitimadora começará a ser questionada (CASTRO, 2015, p. 81).

Sendo o código penal o definidor de condutas inaceitáveis e, portanto, parte dos múltiplos elementos que compõem o controle social, a criminologia crítica propõe como problema qual seria o conteúdo justo de um código penal que represente interesses válidos. Para Zaffaroni (1991, p. 21), “a operacionalidade real do sistema penal seria ‘legal’, se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa o discurso jurídico penal”. No dizer de Lola Aniyar de Castro “Este é talvez o momento mais delicado da nova trajetória: entre o relativismo absoluto proposto pelo *labelling approach* e uma definição puramente emocional ou política do que é ‘danoso’, surge a necessidade de construir um ‘referencial material do delito’” (2015, p. 82). Tal pensamento político, e, indubitavelmente, criminológico, se ocupará de justificar ou criticar a ordem de coisas e, de acordo com Anitua (2015, p. 91) “isso tem a ver com os valores e tais valores fazem referência ao que acontece na sociedade civil”. Para Lola, “A política criminal deveria ser apenas

uma parte da política social; e a política penal, a *ultima ratio*, ao contrário do que ocorre atualmente” (CASTRO, 2015, p. 89).

Com a revolução industrial e o surgimento do movimento operário organizado, surge a consciência de que existem espaços e ações a serem disputados para que seja realizada a reforma da sociedade, em especial na questão criminal. Neste momento, com o predomínio do trabalho livre-assalariado, “os sistemas penais, em especial o aparelho policial, passaram a ser o principal instrumento de controle e de manutenção do sistema instituído” (SILVA FILHO, 2014, p. 398). Ao transformar o problema criminal em um problema de ordem pública, a ideologia oficial tornou delituosas as condutas de associação política, as greves, a crítica radical ao sistema. A partir de uma leitura marxista do social, é possível observar o processo de criminalização, estigmatização e exclusão da classe operária (CASTRO, 2015, p. 90-91).

Não seremos ingênuos de afirmar que o aparato estatal protege apenas os interesses da classe dominante. A análise dos textos normativos mostra a imagem de um Estado que assegura, em especial no Brasil, muitos direitos sociais. Ainda assim, há uma grande incoerência no que diz respeito à proteção efetiva de tais direitos. Nos afirma Lola Aniyar de Castro:

Assim, encontramos-nos com uma dualidade muito óbvia: por um lado, o programa jurídico e ideológico burguês que aparenta defender interesses generalizáveis [...]; por outro, uma realidade na qual aquele programa não passa do nível de simples promessa irrealizada.

Essa dualidade é, portanto, parte do mesmo processo de legitimação [...] (CASTRO, 2015, p. 96).

Algumas concessões simbólicas como a proteção ao consumidor e o direito a greve, são, na verdade, conquistas decorrentes da luta de classes, verdadeiras fraturas no aparato de dominação (CASTRO, 2015, p. 96). Mas não impedem que o controle social seja realizado de acordo com interesses majoritariamente da classe hegemônica. Por outro lado, a “violência cotidiana do sistema penal recai sobre os setores mais vulneráveis da população” o que, em nossa região marginal, tem um caráter étnico, atingindo, preferencialmente, índios, negros, mulatos e mestiços (SILVA FILHO, 2014, p. 298).

O controle social é que define o momento da criminalização na medida em que define o que é o desvio: “A criminalização não é mais que uma manifestação da dominação, e a delinquência ou o desvio, sua consequência” (CASTRO, 2015, p. 106). Compartilha tal posição Zaffaroni, ao afirmar que o poder de julgar os ilícitos cometidos é ínfimo se comparado “com o poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população” (1991, p. 24).

Os órgãos legislativos do sistema, ao inflacionar as tipificações, apenas ampliam a possibilidade arbitrária dos órgãos executivos sob o pretexto – irracional e injustificado – de um maior poder de controle. Assim, os órgãos executivos, sob o manto da legalidade, poderiam exercer o controle repressivo sobre qualquer habitante, mas seleciona contra quem agirá (ZAFFARONI, 1991, p. 27).

Uma das ficções sobre as quais baseou-se o sistema penal é a subtração do conflito, iniciada no século XIII, momento em que “deixou de ser um julgamento de partes com mediação da autoridade para converter-se em um exercício de poder no qual a autoridade suprimiu uma das partes (a vítima)” (ZAFFARONI, 1991, p. 48), um autoritarismo derivado do contratualismo baseado em outra ameaça ficcional: a volta ao estado de natureza, onde ocorreria a “guerra de todos contra todos”. Trata-se do paradigma do organicismo, muito bem explicado pelo autor (ZAFFARONI, 1991, p. 49):

O paradigma organicista é idealista, não suscetível de verificação, e sua adoção pelo positivismo não foi mais do que um recurso do poder para “mostrar como científico” aquilo que sempre constituiu uma metáfora antidemocrática.

Para ser racional, o discurso jurídico-penal precisaria ser coerente e verdadeiro. Como afirma Zaffaroni, “se o direito serve ao homem – e não ao contrário –, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem” (1991, p. 16-17). Prossegue o mencionado autor:

Para que este discurso seja *socialmente verdadeiro*, são requeridos dois níveis de “verdade social”:

a) um *abstrato*, valorizado em função da experiência social, de acordo com o qual a planificação criminalizante pode ser considerada como o meio adequado para obtenção dos fins propostos [...];

b) outro *concreto*, que deve exigir que os grupos humanos que integram o sistema penal operem sobre a realidade de acordo com as pautas planificadoras assinaladas pelo discurso jurídico-penal [...] (ZAFFARONI, 1991, p. 18).

Logo, não satisfeitos esses dois níveis, o discurso revela-se socialmente falso na medida em que é irrealizável e apenas engana, ilude ou alucina (ZAFFARONI, 1991, p. 19).

## 2.2 A CRIMINOLOGIA COMO LIBERTAÇÃO E DESLEGITIMAÇÃO

Como já visto, a partir da ausência de legitimidade da criminologia positivista e da ciência jurídico-penal atual, é necessário partir de um ponto de vista crítico, questionador e formulador de novas possibilidades relacionadas à nossa realidade:

Com certeza, estamos nos referindo apenas à criminologia da libertação, na medida em que esta é a única que, por sua especial metodologia, é capaz de adequar-se de maneira original à problemática regional, produzindo conteúdos próprios, independente da origem geográfica dessa metodologia (CASTRO, 2015, p. 92).

Afinal, “uma discussão sobre libertação é uma discussão sobre dominação” (CASTRO, 2015, p. 93). A dominação aqui referida é o controle social, realizado a partir de um sistema penal sem qualquer legitimidade e, portanto, antidemocrático. Nas democracias representativas da América Latina, criou-se o engodo de que a participação do indivíduo na tomada de decisões esgota-se no processo eleitoral e, a partir daí, produz-se sua despolitização.

As aspirações da nova criminologia latino-americana, que no México denominamos criminologia da libertação, era ampla em máximo grau: converter-se numa teoria crítica de *todo* o controle social, tanto o formal (constituído pelas instituições da sociedade política) como o informal

(constituído pelas instituições da sociedade civil) (CASTRO, 2015, p. 101).

A filosofia da libertação, representada pelo pensamento de Dussel, substitui a noção de “classe” pela de “povo”, em sua dimensão cultural de comunidade, abrindo um espaço interpretativo diferente. Nos explica Lola Aniyar de Castro:

O positivismo, que se pretendeu metodologia universal, era incapaz de descrever o histórico concreto, não apenas porque não trabalhava com as categorias de história e totalidade, mas porque como se disse, era uma teoria da ciência e não uma teoria do conhecimento, e por isso se esgotou no cientificismo, nas técnicas de validação empíricas que conduziram a leis de explicação universal.

[...] Independente da possível insuficiência das explicações marxistas para a compreensão de processos muito complexos das sociedades pós-industriais contemporâneas (o que talvez Marx não tivesse intenção de fazer), o método de aproximação da realidade que Marx propõe é o único capaz de dar conta de cada especificidade no tempo e no espaço. (CASTRO, 2015, p. 107-108).

Prossegue, ainda, a autora:

Diante das demandas científicas da “contrastabilidade” e da “verificação empírica”, possibilidades não muito claramente definidas operativamente nem sequer na teoria da ciência, a teoria crítica opõe uma negatividade libertadora. Porque a razão reificada é um método a mais de controle; “o absolutamente certo é sempre construção”. Por isso Husserl não se pergunta se a ciência é verdadeira, mas se as ciências são suficientemente científicas” (CASTRO, 2015, p. 109).

Uma das críticas mais comuns à criminologia crítica, em razão de seu viés marxista, é sua “satanização” ideológica. O marxismo é deslegitimante exatamente porque Marx foi testemunha de um genocídio Europeu. Sua ideia não era deslegitimar apenas o sistema penal – o qual sequer foi analisado profundamente por Marx – mas todo o direito, que configurava, para ele, a categoria de “superestrutura ideológica” (ZAFFARONI, 1991, p. 51). O que a ciência jurídico-penal não conseguiu evitar, apesar de seus esforços, é a crítica baseada em um “impulso ético que, a partir da autenticidade do ser humano em qualquer emergência negativa, tenha conseguido transpassar a força de todo exercício genocida de poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 36-37).

Após Marx, a Escola de Frankfurt, com sua teoria crítica, continuou deslegitimando o sistema penal e, ao transferir-se para os Estados Unidos,

publicou seu primeiro livro relacionado diretamente com o sistema penal, escrito por Rusche e Kirchheimer. “Este trabalho sustentava que os castigos variam segundo o sistema de produção a que correspondem: que recaem sobre os pobres, reduzindo mais ainda suas já miseráveis condições de subsistência” (ZAFFARONI, 1991, p. 56).

A criminologia crítica, nesse ponto, não se limita pelos conceitos legais, mas procura verificar o desempenho prático do sistema penal e outros instrumentos de controle social. No dizer de Nilo Batista:

A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de “fazer aparecer o invisível” (BATISTA, 2013, p. 32).

Outra corrente que exerceu a função deslegitimante do discurso jurídico penal é o interacionismo simbólico, fundamento da criminologia da reação social, que defende a tese de que a pessoa rotulada como delinquente assume o papel que lhe é consignado pelo aparato do sistema penal. Para Zaffaroni, “Do ponto de vista da desqualificação do discurso jurídico-penal, a ‘rotulação’, por ser menos discutível, tem maior poder desqualificante” (1991, p. 60-61).

Uma das tentativas de respostas às teorias deslegitimantes do sistema penal foi o retribucionismo – “mais ou menos um preventivo-geral ou metafísico” (ZAFFARONI, 1991, p. 81) – que afirma que a pena encontra sua legitimidade em razão de dois princípios: o da igualdade e o da liberdade. O primeiro justifica a pena em razão da necessidade de se retribuir a opção daquele que escolheu viver violando o direito em respeito àquele que o fez sem violá-lo, enquanto o princípio da liberdade pressupõe a escolha do violador pela pena consequente no momento em que define sua ação. No dizer de Zaffaroni, trata-se de um neocontratualismo que repete os problemas da tese inicial: a impossibilidade de se alcançar todos os violadores do direito (1991, p. 82).

Outra opção, ainda mais lamentável, é acreditar na funcionalidade burocrática da agência judicial, independente de sua legitimidade – o que esvazia o órgão judicial de qualquer ética, “reduzindo-se a uma função totalmente burocrática como parte de um mecanismo deslegitimado por sua arbitrariedade seletiva” (ZAFFARONI, 1991, p. 83). Há, ainda, o pensamento relegitimante sistêmico, baseado no funcionalismo de Durkheim que aposta no controle social ante ao fracasso da socialização – perspectiva de “estado de bem-estar” de Keynes. No plano jurídico-penal, esse discurso faz com que a pena deixe de perseguir fins preventivo-gerais (já que não é possível evitar que outros delitos ocorram), em especiais (admite-se que não há qualquer garantia de que o autor do delito não reincidirá), passando a ter como objetivo apenas a garantia do consenso, ou seja o equilíbrio do sistema (ZAFFARONI, 1991, p. 85-87).

As respostas que desafiam o sistema são a de um *direito penal mínimo* e a do *abolicionismo penal*. Dentre os primeiros, podemos citar Ferrajoli, que defende que “mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada)” (ZAFFARONI, 1991, p. 95), ou Baratta, que apresenta um minimalismo penal como um momento de progressão social (ZAFFARONI, 1991, p. 97). O abolicionismo, por sua vez, reconhecendo a mais completa ilegitimidade do sistema penal, propõe a sua substituição radical por outras instâncias de resolução de conflitos, variando as vertentes marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michel Foucault e a fenomenológico-estruturalista de Nils Christie (ZAFFARONI, 1991, p. 97-98).

Todas as variantes teóricas existem porque, como nos afirma o autor, “A percepção de determinados fatos notórios pode ser perturbada, mas não pode ser negada” (ZAFFARONI, 1991, p. 38). Dentre tais fatos notórios dos quais derivam os argumentos deslegitimantes do sistema penal, um dos mais evidentes e inquestionáveis em nossa região marginal é a morte. A lógica do sistema penal é genocida e o seu critério seletivo é etiológico. O discurso criminológico latino-americano nasceu e se manteve estritamente vinculado ao positivismo criminológico, sendo que, no Brasil, por exemplo, baseado em uma

linha da psiquiatria francesa de Monreal, afirmava que “os mulatos eram desequilibrados morais e que a responsabilidade penal deste grupo deveria ser diminuída ou excluída”, classificando a maior parte da população brasileira como perigosa (ZAFFARONI, 1991, p. 38-39).

Uma criminologia da libertação deve ter ênfase na crítica cultural e em como ela afeta a estrutura sócio-política do sistema, na medida em que a diversidade deva ser respeitada já que a uniformidade cultural é uma característica de uma sociedade autoritária, motivo pelo qual o controle informal também deve ser estudado. Deve ser baseada, também, na dialética em detrimento da explicação causalista, dando importância à razão prática – união entre filosofia e ciência (CASTRO, 2015, p. 110).

Mas a necessidade de uma resposta não se deve apenas à ameaça genocida, mas também, ante a completa incompatibilidade entre o sistema penal e os direitos humanos, que, na visão de Zaffaroni, não podem ser concebidos como uma ideologia instrumental, mas como um grau de consciência universal de uma ideologia programática para toda a humanidade (1991, p. 147-148). A positivação de tal imaginário coletivo serve para demonstrar que o mundo está “ao contrário” e deve ser transformado mediante a transformação da própria humanidade (ZAFFARONI, 1991, p. 149).

A resposta marginal é um *imperativo de consciência*, uma resposta eticamente correta, otimista e corajosa de valorização da vida de um homem que, em princípio, “não é racional, mas pode (e deve) chegar a sê-lo” (ZAFFARONI, 1991, p. 160).

A criminologia da libertação deve nos libertar das estruturas exploradoras: do discurso educativo, religioso, artístico, jurídico e criminológico vinculados exclusivamente às relações de poder (CASTRO, 2015, p. 110). Trata-se de uma tarefa titânica – na medida que ainda dependemos de referências teóricas centrais e seus elementos – criar um marco teórico de aproximação com a nossa realidade (ZAFFARONI, 1991, p. 160). Titânica, mas necessária, com vistas a interromper o propósito genocida em andamento em nosso continente e

consequentemente, executar um projeto mais democrático, legítimo e condizente com uma política de direitos humanos que respeite a condição de cidadania do nativo latino americano, e, no caso específico, do brasileiro.

A partir, portanto, destas teorias, analisaremos a pesquisa realizada pelo IPEA no ano de 2014 acerca da aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil. Será possível ver, a partir dos resultados divulgados, qual é o comportamento da magistratura brasileira e como ela é capaz de reconhecer a alteridade do cidadão sujeito ao processo penal no Brasil.

### **3 UMA ANÁLISE DO RELATÓRIO DA PESQUISA “A APLICAÇÃO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS” DO IPEA/2014 SOB A LUZ DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO**

Ainda que de forma controversa, o conceito e os fundamentos dos chamados direitos humanos têm sido muito discutidos no âmbito da filosofia e do direito. Todavia, falar em direitos humanos hoje significa enfrentar desafios bem diferentes daqueles enfrentados pelos responsáveis pela Declaração Universal de 1948. Para Herrera Flores (2004, p. 359-361), “grande parte desse edifício desmoronou” com a extensão global do neoliberalismo e a consequente erosão das funções estatais, criando identidades diferentes em diferentes posições: os oprimidos e os dominadores (o “sul” e o “norte”, respectivamente, para o autor).

Para o autor, a polêmica dos direitos humanos, no mundo contemporâneo, concentra-se em duas visões, uma abstrata, vazia de conteúdo e uma localista, centrada em uma ideia particular de cultura e valor da diferença (HERRERA FLORES, 2004, p. 364). Entretanto, para ele, “nem o direito, garantia de identidade comum, é neutral; nem a cultura, garantia da diferença, é algo fechado”. A partir de então, é fundamental construir uma cultura dos direitos que ofereça, ao mesmo tempo, universalidade às garantias e respeito ao que é diferente (HERRERA FLORES, 2004, p. 365).

Assim, atualmente, uma nova forma de concepção dos direitos humanos tem sido desenvolvida a partir das diversas realidades existentes no planeta (COLPANI, 2004, p. 179-180). Desta forma, para se alcançar a pretensa universalidade dos direitos humanos, devem ser consideradas as diferenças entre cada povo, cada comunidade e, até mesmo, cada indivíduo, de forma complementar a construção de uma sociedade fraterna.

No atual contexto de globalização no qual estamos imersos, o incremento das desigualdades sociais e discriminações culturais provocam situações reais onde

muitas pessoas mal conseguem sobreviver com dignidade. Assim, necessário se faz a formatação de uma “ética universal, edificada sobre a condição dos excluídos ou das vítimas da nova fase do sistema econômico capitalista” (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 139-140). Desta forma, se os direitos humanos forem entendidos como processos de abertura e consolidação do espaço de luta pela dignidade humana, podemos perceber, em diversos contextos culturais, o aparecimento de diversos grupos humanos se levantando contra diversas expressões do poder.

Para Sánchez-Rubio (2004, p. 142), qualquer dessas expressões culturais “tem sido e pode ser um foco importante que tenha algo para contribuir com a ideia de direitos humanos”. No específico contexto da América Latina, há uma tradição filosófica que luta pelo reconhecimento dos direitos humanos sob a ótica dos excluídos, a já mencionada e discutida Filosofia da Libertação. Trata-se, no dizer de Sánchez-Rubio (2004, p. 143), de um “Princípio de vida que, junto ao conceito de libertação, inter-relacionam-se sem rejeitá-los, ao resto dos valores ou princípios, como são a liberdade, a igualdade e a solidariedade”. Uma visão complexa dos direitos deve situar-se na periferia (HERRERA FLORES, 2004, p. 366):

Ver o mundo a partir de um pretenso centro, supõe entender a realidade material como algo inerte, passivo, algo a que se necessita dar forma desde uma inteligência alheia a ela. Ver o mundo a partir da periferia, implica entendermo-nos como conjuntos de relações que nos atam, tanto interna como externamente, a tudo e a todos os demais. (HERRERA FLORES, 2004, p. 365).

A filosofia da libertação busca se apresentar como uma reflexão crítica sobre a práxis, “um instrumento de modificação da realidade das pessoas” (COLPANI, 2004, p. 181). Sob essa perspectiva, nos damos conta de que a realidade transcende à experiência e à teoria, mas somos conscientes de que estamos limitados pela nossa percepção, ou seja, pelo número de fatos que somos capazes de observar. É possível perceber que a vida não é um fim, mas o modo de realidade do sujeito (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 147) e, como o ser humano sempre existe em sociedade, o acesso aos bens ou meios materiais, a divisão social do trabalho e a distribuição dos meios de viver são mais ou menos amplas e fazem surgir a possibilidade de exploração e dominação.

As necessidades humanas, portanto, se tornam o critério de orientação e transcendem à eleição dos fins de um circuito natural da vida e é em função delas que surge o problema da dominação. “A libertação estará em obter possibilidades de vida” (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 149). Para o autor, o grande erro surge quando, em virtude de abstrações impossíveis – a lei penal seria um bom exemplo – sacrificamos e destruimos não só a nossa realidade, como também as vidas de todos os sujeitos que lhe outorgam significado (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 150).

Passa-se, agora, após toda exposição do arcabouço teórico acima demonstrado, a analisar o relatório acerca da aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil, realizado em 2014 pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. O relatório foi elaborado com a perspectiva de “aprimorar a implementação de alternativas penais no país” (IPEAb, 2015, p. 7). Para tanto, foram analisados processos distribuídos em varas criminais e juizados especiais com baixa definitiva em 2011.

Importante ressaltar que o governo federal executa, desde 2000, por intermédio do Ministério da Justiça, a política nacional de penas alternativas. Ainda que as penas restritivas de direito tenham amparo legal desde 1984 com a reforma do código penal, os resultados obtidos pelo governo federal deixam claro que tais medidas tem sido deixadas em segundo plano: “A resistência e a cultura conservadora dos atores que integram o sistema de justiça brasileiro seriam o fator decisivo para este quadro, o qual é usualmente justificado como efeito da ausência de estrutura para realizar o monitoramento, a fiscalização e a execução de sanções” (IPEAb, 2015, p. 8).

Neste cenário, o Ministério da Justiça busca alterar a cultura jurídica dominante, apoiando ações e projetos que priorizam a aplicação de penas e medidas alternativas (IPEAb, 2015, p. 9). Assim, em parceria com o IPEA, realizou-se o Projeto Política Criminal Alternativa à Prisão, tendo a pesquisa se concentrado nas Unidades da Federação com as maiores taxas de homicídio por habitantes – caso do Espírito Santo, infelizmente – e com o diagnóstico passando, conforme

proposto pelo CGPMA/Depen, pelos tipos penais: ameaça, tentativa de homicídio, furto simples, tráfico de entorpecentes e porte de arma de fogo (IPEAb, 2015, p. 10). A pesquisa envolveu, ainda, trabalho de campo com a observação de audiências e realização de entrevistas com magistrados e servidores.

No que se refere à metodologia do trabalho, a dificuldade de identificar fontes de dados seguras, ante a falha de alimentação dos diversos sistemas utilizados pelo governo federal e pelas unidades da federação para o registro de aplicação de penas no Brasil. Todavia, após análise de autos findos, alcançou-se resultados com 95% de confiança e 2,5% de margem de erro (IPEAb, 2015, p. 12).

A pesquisa foi realizada por equipe multidisciplinar, formada por advogados, sociólogos, antropólogos e cientistas políticos que observou uma grande heterogeneidade no funcionamento da justiça criminal de cada Unidade da Federação (IPEAb, 2015, p. 13). Outra dificuldade encontrada se refere aos pesquisadores na área de ciências humanas já que, embora tenham sido divulgados editais de chamada pública para seleção de pesquisadores nesta área, com titulação mínima de mestrado, não foram encontradas tantas pessoas qualificadas. Na primeira chamada, em agosto de 2012, um terço das vagas não foram preenchidas (IPEAb, 2015, p. 16).

Outra adversidade a ser contornada foi o cronograma inicialmente estipulado, que teve de ser reajustado em estados como Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, na medida em que verificou-se a necessidade de proceder a compatibilização da numeração dos processos – numeração antiga com a atual, adotada por Resolução do CNJ. Tal processo, cansativo, encontrou obstáculos nos próprios serventuários da justiça, nem sempre motivados a “trabalhar mais” e desconfortáveis com a possibilidade de que estivessem sendo “fiscalizados”. De se ressaltar, ainda, que muitas vezes o trabalho dos pesquisadores chegou a ser interrompido na medida em que dependia exclusivamente do juiz ou do chefe de secretaria para que o pedido de desarquivamento fosse encaminhado (IPEAb, 2015, p. 17).

Fundamental para conhecer em profundidade as experiências concretas acerca da aplicação de penas e pedidas alternativas, o estudo qualitativo foi desenvolvido de forma complementar ao estudo quantitativo e se concentrou em alguns pontos centrais:

*i) a análise dos órgãos judiciais, especificamente varas e juizados criminais; ii) o estudo dos procedimentos seguidos no tratamento dos casos suscetíveis de aplicação de penas alternativas, especificamente os casos que envolvem os tipos penais indicados pela CGPMA/Depon; iii) a estrutura existente para implantação de penas alternativas; e iv) o levantamento das percepções dos atores envolvidos no tratamento desses casos. (IPEAb, 2015, p. 19)*

Foram realizados seminários regionais em parceria com instituições e atores diversos com objetivo de permitir tanto um retorno em relação às conclusões preliminares acerca da coleta de dados quanto uma oportunidade de diálogo em torno dessas conclusões, a fim de enriquecê-las com a perspectivas desses mesmos atores. Os resultados das discussões realizadas nos seminários foram consolidados em quatro temas.

Acerca da **inserção sistêmica das alternativas penais nas políticas de justiça e segurança**, percebeu-se muitas manifestações no sentido de que há uma “pobreza do repertório da política de alternativas penais”, concentradas, por exemplo, na Lei 9.099/95, bem como “na aplicação de penas de prestação de serviços comunitários, em todos os casos sem que tenham sido instituídos serviços e procedimentos adequados à aplicação e ao acompanhamento” (IPEAb, 2015, p.24). Tal situação leva sobrecarrega o sistema de segurança e reforça uma pretensa sensação de impunidade não só da vítima – que não percebe nenhuma retribuição do estado ao ato praticado pelo criminoso – mas também para os próprios operadores do sistema de segurança, os policiais.

Dessa forma, ao procurar-se entender porque policiais matam ou agem com violência, um dos policiais do Sudeste que participou dos seminários não hesitou em afirmar que “o suposto mau funcionamento de alternativas penais como gerador de descrença para os integrantes de sua organização e de sugerir que, ao menos em parte, a violência dos policiais é justificada pela descrença no sistema ou em sua capacidade de dar as respostas necessárias” (IPEAb, 2015,

p. 24). Não se aponta, aqui, a má-fé dos agentes de segurança – pelo menos não como regra. Como nos ensina Amilton Bueno de Carvalho (2014, p. 10):

A realidade tem sido agressiva no espaço judicial – nada mais do que reflexo do que impera na sociedade civil: de um lado, pessoas de boa fé e honestas, que buscam reduzir os danos daqueles que sofrem a perseguição penal estatal; de outro, pessoas de boa fé e honestas, que atuam na perspectiva do aumento dos danos àqueles que responde a processos penais.

Outra situação apontada pelos debatedores foi a necessidade de reversão da trajetória de política criminal adotada no país que há três décadas aposta na criminalização cada vez mais abrangente de condutas, o que resulta em uma sobrecarga de trabalho tanto nos juizados, como no Poder Judiciário como um todo, na medida em que impossibilita que certos casos sejam resolvidos fora das agências do sistema de justiça (IPEAb, 2015, p. 25).

No que se refere à **importância de informações**, foi possível perceber que há uma incapacidade de produção de informações confiáveis pelos sistemas de justiça e segurança. Uma pesquisadora chegou a informar que a informação “não está sistematizada ou disponível” e que, diante de pedidos de informação, “cartórios se sentem vigiados e hesitam em colaborar” (IPEAb, 2015, p. 26). O problema é que tais informações deveriam ser tomadas como elementos fundamentais para formação de agentes implementadores, para evitar que planos ou programas de políticas públicas fossem construídos abstratamente, mas levassem em conta os sujeitos concretos do cotidiano.

Este tema vai de encontro ao tema seguinte: **a necessidade de debates mais bem informados e do enfrentamento dos obstáculos político-culturais relacionados à responsabilização penal**, que pode ser resumido na seguinte frase, expressa por um acadêmico presente à oficina no Nordeste: “não há dados para iluminar o debate público, ficamos no mito que há violência e impunidade” (IPEAb, 2015, p. 27).

Os temas anteriores acabaram resultando no último tema abordado pelo relatório, que trata da formação da **consciência da complexidade e**

**problematização de soluções fáceis:** não há solução mágica para a questão penal brasileira e a construção de uma política de alternativas penais é tarefa complexa.

### 3.1 DADOS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE PRISÃO CAUTELAR E SENTENÇA CONDENATÓRIA

No que se refere aos dados quantitativos, algumas informações do relatório de pesquisa merecem ser ressaltadas: em 89,6% dos 2.087 casos em que o Ministério Público ofereceu denúncia, a exordial foi recebida pelo magistrado e, destes, em 54% dos casos o réu encontrava-se preso. Afirma o relatório:

[...] são raros os casos em que houve prisão na fase judicial. Observa, também que 73,3% dos presos em flagrante tiveram a prisão provisória mantida. Portanto, também são poucos os casos de relaxamento da prisão provisória, o que significa, então, que, na maioria das situações em que o réu foi preso em flagrante, o MP oferece a denúncia, e esta acaba sendo aceita pelo juiz, mantendo-se a prisão provisória do indivíduo. (IPEAb, 2015, p. 34)

É possível perceber que, embora a legislação brasileira trate a prisão cautelar – qualquer que seja sua espécie, preventiva ou temporária – como exceção, na prática, ela acaba se tornando corriqueira nos inquéritos policiais (iniciados por prisão em flagrante em 59,2% dos casos), bem como nas ações penais. De acordo com nossa legislação, em especial do que vem previsto pelo artigo 316<sup>8</sup> do Código de Processo Penal, caso não persistam os motivos autorizadores da prisão cautelar, esta deveria ser revogada pelo juiz, o que não ocorre em grande parte dos casos. Conclui o relatório:

Em resumo, a prisão provisória é a regra e não a exceção no sistema de justiça brasileiro. Mais da metade dos processos com denúncia aceita transcorre com presos provisórios (54,6%), sendo que a grande maioria dessas prisões (86,9%) aconteceu na fase policial com o flagrante (tabelas 15 e 16). (IPEAb, 2015, p. 34)

---

<sup>8</sup> “ Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Avançando no correr processual, o relatório informa que, ao final do processo, nos casos analisados, em 46,8% das vezes o acusado foi condenado a pena privativa de liberdade e em 12,2% a penas alternativas (IPEAb, 2015, p. 37). Importa ressaltar que, no caso dos réus presos provisoriamente, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos, 9,4% foram condenados a penas alternativas e 3,0% tiveram que cumprir medidas alternativas. Somando-se todos os casos – incluindo-se aí as decisões de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%) – chegamos a incrível cifra de 37% de réus que responderam ao processo presos mas não foram condenados à pena privativa de liberdade. Mais uma vez, afirma peremptoriamente o relatório do IPEA:

Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça do país. (IPEAb, 2015, p. 38)

Já dizia Amilton Bueno de Carvalho: “Assim, nota-se com incrível frequência verdadeiro teratóide: [...] processado, fica preso; condenado, vai solto” (2014, p. 20). Apenas suas palavras conseguem expressar como uma redação vaga, como a previsão do art. 312<sup>9</sup> do CPP, autoriza que a hermenêutica jurisdicional mantenha uma posição irracional como esta revelada pelo relatório do IPEA:

É possível justificar, com mínima racionalidade, tamanho delito que contra ele nós, juristas, praticamos? E somos nós porque temos o “poder-dever” de dizer o que a lei diz. Nada nos desculpa, absolutamente nada, em sermos amorfos seguidores do que está consagrado pela bolorenta “melhor doutrina e ilustrada jurisprudência”. (IPEAb, 2015, p. 7)

Foi possível constatar, ainda, que a condenação à pena privativa de liberdade é o tipo de sentença mais frequente, sendo aplicada em 46,8% dos casos analisados (IPEAb, 2015, p. 38). O uso abusivo da prisão – seja ela cautelar ou definitiva – parece reforçar aquele pensamento que Amilton Bueno de Carvalho

---

<sup>9</sup> “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

tenta esclarecer: porque a maioria dos juízes “atua na perspectiva de um Direito Penal máximo, na procura, consciente ou não, do aniquilamento prisional do cidadão que eventualmente tenha praticado crime” (2014, p. 1).

Embora o texto constitucional<sup>10</sup> deixe bem claro que a prisão deva ser sempre uma hipótese excepcional, em respeito aos direitos da pessoa humana – especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no texto constitucional brasileiro – a magistratura pátria, aplicando uma hermenêutica bastante controversa, encara o sujeito alcançado pela esfera oficial de vigilância como um inimigo e um sub-cidadão, não portador dos mesmos direitos fundamentais. Ou seja, ele não é reconhecido como igual. Rafael Boldt, acerca do tema, nos afirma:

A nosso ver, carecemos no Brasil de uma autêntica cultura dos direitos humanos. Apesar de nos referirmos à ausência de condições de aplicabilidade e efetividade do texto constitucional, faz-se mister reconhecer as dificuldades oriundas das mais profundas contradições sociais, herdadas da cultura brasileira, de nossa experiência política autoritária, obstáculos para a reconstrução da cidadania, para formação de consciência política, o reconhecimento e a reafirmação dos próprios direitos humanos. (BOLDT, 2009, p. 68)

Dessa forma, o “criminoso”, uma vez etiquetado pelo sistema penal, torna-se um alvo fácil e justificável – não mais visto como um igual, como um ser humano – mas como alguém a ser eliminado:

Com isso, não apenas se mantém o *status quo*, mas se propaga a “demonização” do “outro”, ou seja, a desconstrução da imagem humana dos indivíduos – identificados, neste caso, com as classes subalternas – que não merecem ser incluídos sob o domínio do Direito. (BOLDT, 2009, p. 70)

---

<sup>10</sup> Como se verifica dos incisos LIV, LVII, LXI, LXV, LXVI, dentre outros, do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelecem, dentre outras coisas, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória”, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, [...]” e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”. Tais normas, conjugadas com as previstas no Código de Processo Penal (art.ºs 311 e seguintes) e na Lei 7.960/89, deveriam tornar as prisões cautelares uma excepcionalidade que não se configura de acordo com os dados levantados. Aqui, levanta-se a hipótese de que a interpretação dada pelos magistrados brasileiros desrespeita os princípios constitucionais mais básicos.

Um argumento comum utilizado para justificar a aplicação de prisão cautelar no processo penal é “se evitar a impunidade”. Embora tenha sido possível comprovar que em 92,8% dos casos os réus que cumpriram prisão provisória tenham recebido uma sentença de mérito – até pela prioridade que é dada aos processos de réu preso –, foi possível constatar que, nos processos em que o réu respondeu em liberdade, a taxa de prolação de sentenças de mérito é de 74,4%, o que demonstra que a liberdade do réu não apresenta qualquer óbice objetivo à conclusão dos processos, o que desconstrói, ao menos parcialmente, o argumento da impunidade (IPEAb, 2015, p. 38).

Não é, portanto, a prisão cautelar uma garantia contra a impunidade. E, ainda que o fosse, o uso de tal “ferramenta” desta forma, como parecem fazer os magistrados brasileiros – forjados sob o paradigma positivista da legalidade – não encontra amparo nem mesmo na legalidade (ZAFFARONI, 1991, p. 21)

### 3.2 DADOS ACERCA DOS RECURSOS E EXECUÇÃO DA PENA

Outra informação importante é a questão recursal. De acordo com a pesquisa, entre os réus condenados, 40,2% recorreram da sentença, mas apenas 17,8% destes aguardaram o recurso em liberdade. Isso significa que, ao contrário do que se afirma costumeiramente, os recursos também não são um entrave à aplicabilidade da pena, já que, na grande maioria das vezes, o réu inicia o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (seria uma afronta ao princípio constitucional de presunção de não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII<sup>11</sup>, da Constituição Federal?), sendo pouquíssimos os processos com recursos capazes de adiar o cumprimento da sentença (IPEAb, 2015, p. 38-39).

Importante ressaltar que esses dados são anteriores à recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de cumprimento provisório da

---

<sup>11</sup> “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

pena a partir da decisão condenatória em segunda instância – decisões proferidas nos HC 126.292 e ADCs 43 e 44 – o que comprova que, com a autorização do texto legal previsto no §1º do artigo 387 do CPP e artigo 8º da Resolução nº 113/2010 do CNJ, há muito os juízes brasileiros já vinham aplicando a execução provisória da pena em larga escala (82,2% dos réus que recorreram das sentenças condenatórias o fizeram presos), fazendo da exceção a regra no Sistema Penal Brasileiro.

Foge-se totalmente à legalidade do sistema: se ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porque 82,2% dos condenados recorrem quando já estão cumprindo pena? Ainda que se levante a hipótese da autorização contida no já mencionado parágrafo primeiro do artigo 387 do CPP<sup>12</sup>, não se pode esquecer que tal excepcionalidade só se autoriza mediante decisão fundamentada da autoridade judicial o que, certamente, não se verifica na realidade dos fatos, quando se sabe que as rasas manifestações judiciais limitam-se a seguir, amorficamente, “aquilo que está consagrado pela bolorenta ‘melhor doutrina e ilustrada jurisprudência’” (CARVALHO, 2014, p. 7).

A melhor interpretação dos dispositivos legais mencionados é aquela que parte do reconhecimento da alteridade do sujeito-réu no processo penal, bem exemplificada por Amilton Bueno de Carvalho: “ingresso no processo convencido da sua inocência; impossível sendo absolver, então, há esforço para inibir o resultado prisional; impossível isso, a procura da menor pena e no regime menos gravoso possível” (2014, p. 16). Afinal, o ato de determinar o cumprimento de uma pena não pode ser desprovido de responsabilidade judicante com as condições para o cumprimento desta pena. Prossegue o autor:

Ora, todos, absolutamente todos, sabemos que a vida prisional agride tanto a Constituição Federal, quanto a Lei de Execução Penal. Na verdade, sinto-me muito mal em ter que procurar demonstrar isso. Todos, absolutamente todos, sabemos que as prisões brasileiras são, no mínimo, masmorras medievais. O grau de odiosidade é

---

<sup>12</sup> “§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.”

insuportável, animallescamente insuportável, agressivamente insuportável.

São destinadas para a destruição do outro, embora se tenha o discurso hipócrita da ressocialização: um sofrimento estéril, ensina Louk Houlsmann, a dor pela dor. A transformação do bicho-homem em homem-bicho. (CARVALHO, 2014, p. 16)

O sagrado “respeito” à lei, executado pela magistratura brasileira só se sustenta num paradigma positivista desprovido de qualquer crítica, aquela “reação do órgão judiciário, fundamentada no fato de que a legitimidade geral do sistema penal não é problema de sua incumbência” mas apenas a “solução dos casos concretos conforme as pautas legais que regem o fato particular a resolver” (ZAFFARONI, 1991, p. 83). Se faz necessária uma nova atuação, dotada de “consciência ética” (ZAFFARONI, 1991, p. 38), uma criminologia local, latino-americana, denominada criminologia da libertação, com aspiração de “converter-se numa teoria crítica de *todo* o controle social” (CASTRO, 2015, p. 101), uma teoria crítica e também autocrítica, parte de um processo, negando-se a sistematizar (CASTRO, 2015, p. 107).

### 3.3 DADOS ACERCA DOS JECRIM's E DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

No que se refere aos resultados do estudo qualitativo da pesquisa, foi possível perceber a resistência que existe entre magistrados e servidores em trabalharem em Juizados Especiais Criminais, na medida que as atribuições de tais juizados são menosprezados no âmbito do sistema de justiça criminal (IPEAb, 2015, p. 45). Mais uma vez estamos diante da irracionalidade do sistema penal, uma vez que, não havendo castigo institucionalizado, os próprios magistrados não reconhecem a importância de sua função. O castigo assume as funções “racionalizadas” de prevenção geral, intimidação, transformação da vingança privada em vingança coletiva ou, ainda, restituição da ordem social ameaçada pelo ato proibido (CASTRO, 2014, p. 138). Sem imposição de castigo, não há jurisdição penal justificável para os próprios magistrados. Parecem não perceber que a repressão penal jamais será uma ação preventiva, “mas apenas um

processo dessocializador de um número sempre crescente de pessoas” (ACHUTTI, 2014, p. 91). Prossegue o autor:

[...] o sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma solução legal para a situação problemática; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura – punitiva – que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível fazer justiça em eventos considerados oficialmente como crime. (ACHUTTI, 2014, p. 94)

Na maioria das vezes, os profissionais de carreiras jurídicas, acostumados a casos “mais graves” não se interessam pelas causas dos juizados, tratando como “muita besteira” casos como discussões e brigas entre conhecidos, vizinhos e familiares (IPEAb, 2015, p. 46). Agem como se houvesse uma distinção ontológica entre ilícitos civis (aos quais se assemelham as condutas de menor potencial ofensivo e, portanto, menos graves) e ilícitos penais (estes sim, “gravíssimos” e merecedores de uma atuação estatal exemplar), embora nem sempre seja possível identificar essa maior gravidade pré-estabelecida (CASTRO, 2014, p. 142).

Nem mesmo o próprio sistema de Justiça considera a importância dos Juizados, na medida em que, apesar de serem responsáveis por resolver 50% dos processos, são-lhes destinados apenas 8% do orçamento (IPEAb, 2015, p. 46). Mas nem mesmo essa taxa de resolução de processos pode ser comemorada. Funcionários de um juizado de uma cidade do interior assim resumiram a atuação dos Juizados: “o importante são as metas; a satisfação das pessoas não é levada em consideração” (IPEAb, 2015, p. 46).

Não se pode olvidar do fato de que existem juízes que se identificam com a causa e o papel dos juizados especiais, afirmando, inclusive, terem escolhido a função pela proximidade com os envolvidos e o papel emancipatório na resolução dos conflitos. Um juiz da capital chegou a afirmar que “o juizado pega as pessoas bem próximas do fato e mostra para elas que o Estado está próximo. Acaba o sentimento de impunidade e melhora a visão sobre a justiça” (IPEAb, 2015, p. 46). Tal fato, entretanto, é apenas uma exceção que confirma a regra

de que os juizados especiais e outras formas de solução alternativas de conflitos são menosprezados pela legislação brasileira, atribuindo-se, sempre, ao sistema penal repressor a função de controle social.

O Relatório do IPEA ressalta, ainda, a existência de projetos que visam “diminuir a cultura do litígio e tratar as divergências da sociedade de forma adequada, tutelando os direitos dos cidadãos de modo mais efetivo e próximo da realidade local” (IPEAb, 2015, p. 46), apresentando formas distintas de mediação, tais como: a justiça comunitária, a justiça restaurativa e a justiça terapêutica. A primeira é apresentada como um sistema de justiça cujo “objetivo principal é possibilitar que a comunidade se apodere da função mediadora para resolução de conflitos” (IPEAb, 2015, p. 47), sendo um projeto desenvolvido em três eixos: “educação em direitos (para suprir a falta de informação a que a população está submetida), mediação comunitária (para suprir a falta de diálogo na relação Estado/cidadão) e animação de rede (para suprir a falta de coesão social)” (IPEAb, 2015, p. 47).

Nos Juizados, porém, é possível perceber uma baixa resolubilidade dos conflitos por meio das conciliações, na grande maioria das vezes, ante ao não comparecimento, em juízo, de réus e vítimas (IPEAb, 2015, p. 47). Por outro lado, a importância da conciliação é ressaltada pelo relato de uma servidora da justiça:

A conciliadora relatou na entrevista que o juizado normalmente convoca as duas partes para fazer um acordo de “respeito”, em que o objetivo “é a paz deles”. Segundo ela, a maioria dos casos é relativa à briga de vizinho e familiares, dano, vias de fato, ameaça, injúria e calúnia e, em geral, trata-se de pessoas muito simples, que vivem muito próximas e que, nesses casos, o pedido de desculpa já resolve a contenda. Não obstante, ainda segundo a conciliadora, outras pessoas chegam à conciliação já dispostas a não fazer o acordo, querendo levar o caso adiante. Ela explica que, para essas pessoas, levar o caso à justiça é como uma forma de “castigo”, para que a pessoa seja repreendida, para que “leve uma bronca”. Já a composição civil ou acordos verbais são raros, mas, quando estabelecidos e incluem valores a serem pagos, os valores são quitados na presença de um conciliador. Em casos mais graves, a conciliadora explica também que se sente impotente, pois algumas pessoas chegam pedindo medidas protetivas que eles não podem fornecer. Nesses casos, há a orientação para a pessoa procurar a defensoria e entrar com um pedido judicial.

Para essa servidora, a conciliação é necessária e resolve aproximadamente 60% dos casos. Ela explica que não há acordos forçados, pois tem de partir do desejo dos envolvidos, embora faça a ressalva de que não costuma ver o retorno das pessoas atendidas. Por fim, a servidora pede que haja treinamento para a função e que o trabalho dos conciliadores seja reconhecido em sua importância para a efetiva resolução dos processos (IPEAb, 2015, p. 48).

Quando a conciliação entre as partes não é possível, a Lei nº 9.099/95 ainda possibilita a aplicação de duas outras alternativas penais: a transação penal e a suspensão condicional do processo. Todavia, foi possível perceber na pesquisa realizada, que em muitos Juizados a prática da audiência se dá de modo diverso ao previsto em lei, “quando o réu entra na sala, é convidado apenas a assinar o documento, aceitando a suspensão, sem muitas explicações. Em geral, não lhe é realmente pedida a concordância para o acordo” (IPEAb, 2015, p. 49).

Embora a legislação não trate o caso dessa forma, tanto a suspensão do processo como a transação penal são encaradas por muitos réus como confissão de culpa. Eles sentem-se constrangidos com a exigência de comparecerem periodicamente (em geral, mensalmente) em juízo para assinar um termo e pelo fato de poder ser revogada a qualquer tempo pela falha no cumprimento das condições impostas – hipótese prevista no §4<sup>o</sup><sup>13</sup> do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 (IPEAb, 2015, p. 49).

No que se refere especificamente à transação penal, foi possível observar o reducionismo em que a prática tem sido aplicada, na medida em que diversos atores que deveriam estar presentes, em muitos casos, não comparecem às audiências. Há que se ressaltar que, geralmente, são marcadas várias audiências ao mesmo dia e, em alguns casos, no mesmo horário, sendo realizadas em conjunto e de forma padronizada. Há pouco espaço para o diálogo, sendo a propositura de valores ou termos preestabelecida ou negociada entre juiz e promotor e somente informada ao réu e seu defensor: “A ideia de que a transação penal possa ser uma negociação jurídica (concessões recíprocas) entre o MP e o suposto autor do fato não parece ser a prática”. As vítimas, em geral, são desconsideradas nesse processo, sentindo-se aviltadas

---

<sup>13</sup> “§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.”

(IPEAb, 2015, p. 50-51). No que se refere ao papel preponderante do Ministério Público na negociação da transação penal, importante ressaltar o relato de um magistrado ouvido:

O papel preponderante do MP previsto para a oferta da transação penal não é aceito amplamente pelos juízes. Um dos juízes entrevistados (Jecrim, interior) comenta que é um equívoco deixar os promotores negociarem sozinhos com o réu. [...] Para ele, o réu fica sem proteção quando tudo é conduzido pelo promotor. (IPEAb, 2015, p. 51)

Outra percepção foi de que, conforme já relatado acima, embora os acusados encarem a aceitação da transação penal como assunção de culpa, são poucas as situações em que não a aceitam e, quando isso ocorre, “é porque se trata de pessoa bem amparada por um defensor, que lhe dá confiança para prosseguir com o processo, ante a possibilidade de provar sua inocência ou de protelar a ação” (IPEAb, 2015, p. 50). No que se refere à defesa, foi possível constatar a ausência de defensores públicos, sendo necessário, por vezes, “catar advogados no corredor” para realização dos atos processuais, o que nos parece ir de encontro ao enunciado da Súmula 523<sup>14</sup> do Supremo Tribunal Federal, embora seja prática totalmente aceita em nossos tribunais. O relatório conclui que, neste aspecto, “pode-se afirmar que a falta de promotores e, especialmente, defensores públicos, necessários para o bom processamento dos casos, é um problema recorrente no sistema de justiça brasileiro” (IPEAb, 2015, p. 52).

No que tange ao papel da vítima na transação penal, embora seja, via de regra, desconsiderada no procedimento, a pesquisa conseguiu aferir a percepção que esta tem do instituto. Em geral, “a vítima busca a justiça movida por um sentimento de vingança, pretendendo, portanto, o ‘peso da condenação’ para o seu agressor”. Importante ressaltar que “o cidadão quer a sentença de condenação do agressor e não, necessariamente, a sua prisão, pois o que busca no Judiciário é o reconhecimento de que ele, ofendido, tem razão.” (IPEAb, 2015, p. 56). No geral, as pessoas saem insatisfeitas com o resultado final, na medida que não há atribuição de responsabilidade.

---

<sup>14</sup> “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Ao que tudo indica, um dos maiores entraves para utilização de formas alternativas de solução de conflitos é justamente a formação dos profissionais jurídicos, em especial os magistrados brasileiros. Achutti chega a afirmar que “Para que a adoção da justiça restaurativa seja possível no sistema de justiça criminal brasileiro, contudo, muito mais do que uma reforma legislativa, toda uma cultura jurídica deverá ser repensada” (2014, p. 129), tanto no que se refere à formação do profissional jurídico quanto para evitar que o uso alternativo do direito seja colonizado pelo sistema tradicional.

De acordo com o autor, os juristas possuem uma compreensão dicotômica do direito, onde:

[...] o *direito civil*, por um lado, é voltado para os interesses privados das partes em litígio e tem legitimidade, portanto, para aceitar soluções criativas e flexíveis, facultando às partes que resolvam os seus problemas através da negociação, da mediação, e de diversos outros mecanismos; e o *direito penal*, por outro lado, que tem como foco o interesse público e a missão de reprimir o mal e devolvê-lo na mesma moeda, devendo se limitar apenas às sanções previstas em lei para cada delito [...] (ACHUTTI, 2014, p. 131-132)

Trata-se do paradigma retribucionista do direito penal, mais ou menos preventivo-geral, metafísico, que apenas funcionaria em uma “sociedade justa”, “em que a pena alcançasse a todos os violadores do direito e em que todos dispusessem do mesmo espaço social”, o que, obviamente, não é o caso de nossa região marginal – e de nenhuma outra sociedade real conhecida (ZAFFARONI, 1991, p. 81-82). Tal paradigma, internalizado pelos juristas forjados em nossas universidades, dificulta em muito, se é que não impossibilita, o uso alternativo do direito.

Assim, uma teoria crítica que visa superar tal paradigma, como a que se propõe neste trabalho, deve ter caráter dialético, buscando buscar o enfrentamento da fragmentação do real e da separação entre público e privado, bem como deve se assumir “como uma rejeição das sociedades em que impere uma racionalidade tecnocrática e/ou autoritária, ao mesmo tempo que se constituirá

um *compromisso moral*, parte de um projeto emancipatório [...]” (CASTRO, 2014, p. 62).

### 3.4 DADOS ACERCA DA APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS

A legislação brasileira prevê, no artigo 44 do Código Penal, os critérios a serem observados para substituição de pena, sem, todavia, deixar de conferir ao magistrado da causa uma certa discricionariedade. Trata-se de um trabalho destinado ao juízo de conhecimento, o responsável pela condenação e que teve (ou deveria ter tido), até então, um contato mais direto com o réu e sua situação pessoal. A pesquisa do IPEA, por outro lado, constatou que, para juízes e servidores das varas de execução penal especializadas em penas e medidas alternativas, a percepção é de que “geralmente são os magistrados responsáveis pelas varas criminais que não querem fazer as substituições das penas” (IPEAb, 2015, p. 58).

Além disso, estes mesmos juízes e servidores possuem percepções diferenciadas sobre as penas e medidas alternativas. Em alguns casos, “são vistas como sinônimo de impunidade, de ineficácia do sistema de justiça brasileiro”, tendo sido pensadas apenas como “forma de desafogar as penitenciárias brasileiras” (IPEAb, 2015, p. 58). Mais uma vez, retornamos ao argumento básico da sacralização do castigo, o “hábito de punir” travestido de “necessidade de castigar” (ACHUTTI, 2014, p. 134). Há magistrados, por outro lado, que percebem a existência de vantagens na substituição e defendem até a ampliação do rol de delitos em que é possível a substituição (IPEAb, 2015, p. 59).

Entre os que desprestigiam as penas alternativas, existe o argumento de que foram banalizadas pela aplicação de ofertas de cestas básicas no passado. Alguns dos juízes entrevistados levantaram outros argumentos:

Sim, nos crimes de menor potencial, mas aqui é raro, não é raro, quer dizer, mas aqui, nos nossos 10% de soltos, sobra uns 3%, 4% para fazer a substituição, porque muitos já vêm em situação de reincidência, e você vê que aquela substituição que aquele colega deu dois ou três anos atrás não surtiu efeito algum (Juiz, capital).

A pena tem de compor um caráter punitivo, educativo e ressocializante para que o réu pense no que fez (Juiz, capital).

Estando presentes os requisitos, será concedido, inclusive no delito de tráfico de drogas. Nos casos em que vai substituir, a juíza esclarece que nem mantém o réu preso, mas afirma de maneira categórica, vejo a falência dessas medidas (Juíza, capital). (BRASIL,)

Argumenta-se, portanto, que a banalização das penas alternativas, se deve, em parte, a ausência de estrutura nos órgãos oficiais da Justiça Criminal para fiscalização do cumprimento de tais penas. Trata-se de um argumento de fácil comprovação na prática – e a própria pesquisa do IPEA traz essa informação – mas que não justifica a prática que vem sendo adotada pelos magistrados. A ausência estrutural não justifica a não aplicação de penas alternativas, configurando flagrante violação aos direitos do réu.

Além disso, a responsabilização das autoridades responsáveis pelas falhas no sistema nunca é averiguada. Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> referendou a posição de que:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes. (BRASIL, acesso em 25 jan. 2017)

Da leitura do inteiro teor do acórdão, percebe-se que não há qualquer responsabilização pelas desumanas condições do presídio central no Rio Grande do Sul. É aquilo que Achutti chama de “modelo de *desresponsabilização sistêmica*”, onde os “maus resultados do sistema judicial são atribuídos à lei, e em nenhuma circunstância aos seus operadores” (2014, p. 140). Os

---

<sup>15</sup> STF, RE 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2015.

responsáveis são sempre outros – outras instituições, outros níveis estruturais, outros poderes – nunca havendo uma responsabilização disciplinar efetiva.

Interessada em saber a percepção dos magistrados sobre o efeito das penas e medidas alternativas nos índices de reincidência e encarceramento foi colhida a opinião de juízes criminais – estes não acompanham o processo de execução e cumprimento das medidas, mas são os responsáveis por aplicá-las. Eis algumas opiniões colhidas:

É um problema social, é assim, o furto de um usuário de drogas, ele começa em um furto, aí a gente substitui, aí ele vai cair em outro furto, ele precisa para comprar, para pagar o vício dele. Do furto ele vai para o roubo, aí ele não tem direito a mais nada, e aí vai indo. É diferente do interior, mas aqui você tem essa peculiaridade, você tem crimes contra o patrimônio que normalmente estão vinculados ao uso de drogas ou ao sistema econômico da pessoa, você tem um outro caso de gente que aparece na mídia, que quer ser o “bandido”, mas normalmente, o nosso dia a dia, principalmente agora, a gente que está aqui há muitos anos, vemos que caiu drasticamente a faixa etária, o que antes você conseguia chegar nessa faixa etária há 20 anos, hoje você que acabou de completar 18 já está vindo, e aí você pergunta se já respondeu a atos infracionais, já também. É uma questão social (Juiz, capital).

Pena só reforça a reincidência, porque demora tanto tempo para começar a cumprir, que o réu acha que não aconteceu nada e no meio tempo comete outro delito. Nesse caso, o juiz afirma que em realidade, ele não sabe se a pena surte efeito ou não em termos de evitar reincidência, pois, na verdade, não há tempo de ser executada (Juiz, capital)

Juízes afirma que o fato de não acompanharem a execução não lhes permite verificar se essas penas são efetivas ou não.

[...]

Eu prefiro a suspensão condicional do processo. O risco é prescrever, sobretudo quando as penas são curtas, até um ano (Juiz, capital).

A gente não inicia a execução aqui. Muitos colegas, invés de fazer essa substituição, dependendo da pena, fundamental na sentença porque não está dando a substituição e impõe o regime aberto. Muitas vezes o que acontece é que a pena foi fixada em 4 meses, uma hipótese, até ir para a VEC, até iniciar o cumprimento, prescreveu. Agora, em contrapartida, se eu fixo um regime aberto aqui, faço a audiência de advertência e já encaminho, então já começa da audiência de advertência nossa, a execução da pena (Juíza, capital)

[...]

É uma pena inócua. Tem de operacionalizar isso (Juiz, capital).

Não vai funcionar enquanto tiver o regime aberto previsto em lei porque a pessoa prefere não cumprir, e revogada a pena alternativa, vir para o aberto e só comparecer na vara para assinar (...) então, melhor dar a suspensão condicional do processo ou logo o aberto. Economiza trabalho e papel (juiz, capital).

É uma daquelas “leis que não pegam” (Juiz, capital). (IPEAb, 2015, p. 59-60)

Uma situação peculiar foi observada em relação ao delito de tráfico de drogas, na medida em que, embora seja possível a substituição da pena para o chamado “tráfico privilegiado”, a equipe do IPEA encontrou muitos juízes que se opõe a tal entendimento, contrariando, inclusive, o entendimento do STF:

Para essas pessoas, os entorpecentes estão por detrás até mesmo de crimes que aparentemente não se vinculam imediatamente a seu uso. Juízes explicam que a droga e o furto ligados ao tráfico são as portas de entrada para a criminalidade. [...] **“A legislação brasileira é uma mãe. Até tráfico agora pode.** A maioria das sentenças prolatadas aqui converte. Quando não resolve logo na suspensão condicional do processo, converte no final” (Juiz, interior).

[...] Há, da parte dos juízes e servidores, um sentimento generalizado de desconhecimento de como tratar os viciados, e uma queixa constante da falta de apoio do Poder Executivo para lidar com essa situação. (IPEAb, 2015, p. 63, grifo nosso)

Em um dos casos relatados na pesquisa, foi possível observar, inclusive, o uso de prisões cautelares “como uma forma de prisão ‘terapêutica’, ou seja, uma oportunidade de desintoxicação do réu” (IPEAb, 2015, p. 66), sem qualquer amparo legal para isso, tratando-se de tema extremamente controverso. Outra prática sem amparo legal que pôde ser observada é o fato de alguns juízes “segurarem” a prisão cautelar por algum tempo, a fim de que o réu seja localizado para ser citado. Os servidores justificaram que “muitos réus são moradores de rua e que, portanto, soltá-los significa não encontrá-los mais” (IPEAb, 2015, p. 67):

É um caso de furto, e os réus são moradores de rua viciados em droga. Antes de a audiência começar, o juiz, o promotor e o defensor público conversam sobre o processo. Eles pedem para ver o DVD da audiência preliminar que foi realizada anteriormente para poder escutar novamente o depoimento da vítima. Os réus não comparecem na audiência, o que, segundo o juiz, é previsível, pois são raros os moradores de rua que comparecem. **O juiz afirma: “por isso não gosto de soltar, depois você não acha mais”.** A promotora responde que são primários, por isso, não há o que fazer. (IPEAb, 2015, p. 67, grifo nosso)

Não há expressão melhor que a do já mencionado professor Amilton Bueno de Carvalho (2014, p. 17) para explicar o que se faz aqui: “nega-se garbosamente a legalidade – intolerável! Comete-se crime contra eles na busca de destruir o crime: autofagia”.

Assim, a pesquisa constatou que há uma “diferenciação do perfil do apenado”: quando não há expectativa de localizá-lo em residência fixa, com ocupação lícita ou dentro de uma estrutura familiar – padrões de “normalidade” – alguns juízes preferem manter o réu preso até que a citação pessoal seja realizada (uma vez que esta autoriza o impulso oficial do processo, nos termos dos artigos 363<sup>16</sup>, 366<sup>17</sup> e 367<sup>18</sup>, todos do CPP). Por outro lado, como explica um dos Juízes, “há que considerar que os apenados que se beneficiam da substituição nas varas **são, comumente, pessoas de nível social diferenciado e que tenham cometido um pequeno delito, talvez por um deslize**” (IPEAb, 2015, p. 67, grifo nosso). Na opinião de outro juiz, “a baixa reincidência observável entre aqueles que efetivamente cumprem as penas alternativas se deve menos à natureza da pena e mais ao fato **de que essas pessoas não têm ‘perfil delituoso’, tendo cometido um crime eventual**” (IPEAb, 2015, p. 75, grifo nosso).

Outro cenário revelado é a questão da subsidiariedade das penas e medidas alternativas. Quando falamos de uma vara de execução genérica – acompanha todo tipo de cumprimento de pena – “os juízes tendem a dar preferência ao tratamento de crimes mais graves e alertam que não possuem estrutura suficiente, inclusive de pessoal, para dar encaminhamento aos processos de PMAs” (IPEAb, 2015, p. 69). Já quando há varas especializadas em penas e

---

<sup>16</sup> “Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. [...]

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

[...]

§ 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.”

<sup>17</sup> “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

<sup>18</sup> “Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.”

medidas alternativas, foi observada uma tendência a ocuparem espaços marginais nos fóruns, operarem com *deficit* de servidores, acúmulo significativo de processos e taxa de prescrição altíssima (IPEAb, 2015, p. 69).

Em algumas varas especializadas, por outro lado, foi possível constatar a existência de pessoas identificadas com as políticas das penas e medidas alternativas. Para a pesquisa, “esse fato apenas confirma a impressão de que a implementação de forma organizada de PMAs é, em geral, resultado de iniciativas pessoais que encontram respaldo nos tribunais e não propriamente uma política mais abrangente” e que “a ausência dessas pessoas-chave levaria a um sério comprometimento do trabalho das varas visitadas” (IPEAb, 2015, p. 70). Sendo a estruturação das varas uma característica muito pessoal dos juízes que ali atuam, e considerando a alta taxa de trocas de juízes – 73,5% dos casos analisados (IPEAb, 2015, p. 36) –, foi possível constatar um efeito indesejado de mudança de entendimento, organização e fluxo de processos.

Foi possível observar, ainda, que as penas e medidas alternativas mais aplicadas são a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade (foram consideradas, também, a suspensão condicional do processo e a suspensão condicional da pena, também executadas por estas varas). No que se refere à prestação de serviços à comunidade, a fiscalização geralmente é feita por uma central de penas alternativas ou pelo setor psicossocial da vara de execução. As medidas de limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos ou até mesmo o regime aberto para cumprimento de pena são pouquíssimo utilizados diante da impraticabilidade da fiscalização ante a ausência de estrutura adequada – embora a reforma da legislação tenha ocorrido em 1984, até hoje quase não existem casas de albergado no Brasil, por exemplo (IPEAb, 2015, p. 71). A prestação de serviços à comunidade “é também a pena mais bem avaliada, pois teria um caráter pedagógico, e o fato de que alguns cumpridores acabam posteriormente se tornando voluntários das instituições onde cumpriram a penas é uma comprovação disso” (IPEAb, 2015, p. 83).

A falta de estrutura do regime aberto acaba sendo um problema sério para a aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil. Teoricamente, o regime

aberto deveria ser mais grave, todavia, a falta de regulamentação do seu funcionamento e a ausência de estrutura para cumprimento a tornam “lei morta”. Assim, quando o magistrado faz a substituição da pena privativa de liberdade em regime aberto para uma prestação de serviços à comunidade ou qualquer outra pena ou medida alternativa, “os réus não cumprem para poder ter sua pena regredida e ir para o aberto. Um réu bem orientado por um advogado sabe que só terá de comparecer à vara a cada dois meses para assinar” (IPEAb, 2015, p. 74).

Diante deste impasse, muitos juízes de conhecimento e de vara de execução penal criaram procedimentos para “moralizar” o regime aberto:

#### Vara de Execução 1

Quando eu cheguei aqui em 2008 tinha um problema muito sério com a restritiva, não cumpria porque eles queriam ir para o aberto. Veja bem, as condições do aberto é vir de dois em dois meses para se apresentar e acabou. Tem dois anos de restritivas, são 720 horas, 360 horas para cada ano. E as doações a gente divide em 24 horas. Então se ele pegar o aberto e só ter de vir seis vezes ao ano, acabou. Eu cheguei aqui, o descumprimento era violento. E aí eu bati pesado na (Secretaria de Segurança Pública local). E aí, você queria receber a polícia, um camburão com três policiais, agentes penitenciários, eles vão com camburão, com agentes de polícia e tem o oficial também, sai um mandado (...) no dia que eu faço a audiência aqui, eu só tenho três oficiais, ele vai descaracterizado, é outro tratamento, mas agora é com escopeta (...) acabou o descumprimento, melhorou a restritiva. *Eu moralizei o aberto e por vias transversas a restritiva*. Porque o sujeito começou a ficar com medo (ele pega os processos para me mostrar). Esse aqui já atrasou e eu já expedí um mandado de constatação para ir à residência dele. Então, o oficial já foi lá. Antes eu só tinha um, consegui dois mas ainda é impossível, agora a (Secretaria) tem dez, doze equipes, e aí quando começou a ir na casa do sujeito à noite, policial, com megafones (...) eu ainda não recebi reclamação mas se tiver reclamação eu vou ter de acabar com isso, porque está atingindo terceiros (...) Mas você vê o efeito que se dá (...) (Juiz, vara de execução – capital).

Vara de execução 2 – a prática adotada por essa vara é a regressão daqueles que descumprem as penas alternativas diretamente ao semiaberto e até ao regime fechado (expedindo mandado de prisão e “segurando o réu” por certo período nesse regime). O juiz dessa vara explica que é uma forma de “dar um susto” para que as pessoas voltem a cumprir a PSC, seguindo o entendimento de que a substituição já é equivalente ao regime aberto. Juiz de outra vara visitada explicou que tentou estabelecer essa equivalência de substituição já como aberto, mas foi impedido por entendimento do Tribunal. Alerta, no entanto, que esse deveria ser o entendimento geral (Vara de execução – capital) (IPEAb, 2015, p. 75 – destaques no original).

Como já dissemos anteriormente, em muitos casos, a dificuldade encontrada refere-se aos moradores de rua ou dependentes químicos que, muitas vezes, não são encontrados para serem intimados. Muitos juízes preocupam-se com o fato de não localizar mais essas pessoas e, dentre os que localizam, “afirmam não saber exatamente como lidar com esse problema” (IPEAb, 2015, p. 73), utilizando-se, por vezes, da regressão de regime ou da prisão cautelar (nos casos dos processos de conhecimento), como medida terapêutica:

Caso A – a ré é atualmente moradora de rua e consumidora de *crack*. Afirmam que tentou voltar para casa, mas não conseguiu se livrar do vício. O Juiz explica que já é a terceira vez que a encaminha para tratamento em um centro de assistência pública e para cumprir as penas alternativas. A ré pede que ele lhe consiga uma internação. O juiz afirma que está difícil conseguir vaga em uma instituição, pois a demanda é muito grande. **O juiz propõe regressão a pena em regime fechado, para que ela passe um tempo na prisão, e, portanto, longe das drogas, como um pedido de desintoxicação, enquanto ele busca uma instituição. A ré aceita.** (IPEAb, 2015, p. 73 – grifo nosso)

Flagrante negação da alteridade do Outro. Certos cidadãos teriam direito a tratamento (voluntário), com internação ou não, medidas terapêuticas, medicação e acompanhamento médico. Outros, clientes do sistema penal, embora titulares do direito de tratamento digno e humano de acordo com o texto constitucional, sujeitam-se, por “sugestão”/ordem coercitiva do próprio estado – justamente daquela agência responsável por garantir os direitos de todos os cidadãos – a “tratamento de choque” de desintoxicação por abstinência enquanto suportam os suplícios do cárcere, ainda que o crime no qual tenham sido denunciados/sentenciados não os sujeite a tal tipo de pena.

### 3.5 DA NECESSIDADE DE INTERDISCIPLINARIEDADE NO CUMPRIMENTO DA PENA

Outra dificuldade encontrada em relação às penas e medidas alternativas é a diferença de opiniões entre os profissionais da área do psicossocial e os profissionais jurídicos. Os primeiros afirmam lutarem para que o Judiciário também se sinta responsável pelo cumprimento das alternativas penais, mas

ressaltam que as perspectivas são distintas, quase inconciliáveis: “judiciário trabalha com quantidade, com arquivamento” (IPEAb, 2015, p. 79). Em geral, os profissionais do psicossocial admitem uma relação tensa com juízes, existindo pouco, ou quase nenhum, diálogo. Em geral, os assistentes sociais e psicólogos sentem-se frustrados com seu trabalho, na medida em que não podem trabalhar mais de perto com os réus. Sentem-se incompreendidos: “Poder Judiciário não é o poder que trata a pessoa” (IPEAb, 2015, p. 79).

Há evidentemente, uma diferença de perspectiva entre os diversos profissionais acerca das penas e medidas alternativas:

Nos diversos estados visitados, o trabalho diretamente com os cumpridores na execução das PMAs impostas pelo juízes produz uma visão positiva dessas alternativas à prisão. Enquanto nas varas há uma perspectiva mais negativa em relação às PMAs, na central há uma perspectiva bastante positiva, confiante mesmo, de que elas realmente transformam a vida os réus (Capital). Assistentes sociais de varas de execução dizem “que acreditam nas penas e medidas alternativas e na parceria com as instituições como sendo uma ‘responsabilidade social’” (Capital). Já as servidoras de psicossocial acreditam que as penas alternativas funcionam, mas de forma condicionada: é necessário estrutura no Judiciário para fazer os atendimentos e monitoramento de cumprimento. Além disso, deve-se fortalecer a rede social e de saúde para encaminhamentos. “As penas e medidas alternativas possuem um maior potencial de reintegração social, desde que observadas essas condicionantes” (Capital). (IPEAb, 2015, p. 84-85).

O relatório do IPEA afirma, ainda, que o “setor psicossocial é a entidade mais próxima dos cumpridores e torna-se referência para eles” (IPEAb, 2015, p. 85). Uma psicóloga de um centro de medidas alternativas afirmou que poucos juízes são capazes de entender o papel destes centros e “Se o judiciário entendesse o impacto do trabalho do CJT investiria nesse trabalho ao invés de em presídios” (IPEAb, 2015, p. 85). Entretanto, tal trabalho não é reconhecido e, nas palavras de uma profissional de uma comarca do interior: “o problema é que a prioridade do Tribunal é o pessoal do direito, aqui todo mundo diz que a gente não trabalha” (IPEAb, 2015, p. 85).

Nesse sentido, o Sumário Executivo do relatório chega a afirmar que:

A formação e a prática dos operadores do sistema de justiça valorizam o litígio e não a solução restaurativa dos conflitos que chegam ao Judiciário. Não há encorajamento das partes, envolvimento dos operadores ou priorização institucional, justamente porque a Justiça segue majoritária e intencionalmente retributiva. Seguindo desse modo, qualquer alternativa penal continuará sendo meramente burocrática e significará, sempre, aumento de controle, afastando-se de sua vocação como opção à privação da liberdade e do compromisso com a restauração das relações sociais. (IPEAa, 2015, p. 2).

Em um contexto de conflitos complexos, seria necessário que boa parte dos quadros de servidores fossem preenchidos por profissionais de formação não exclusivamente jurídica, conforme já defendido por Achutti (2014, p. 161) ao tratar, por exemplo dos Juizados especiais, mas em raciocínio que poderíamos estender a outras alternativas penais.

Nas considerações finais do relatório, um dos principais óbices apontados para a adoção de sanções alternativas é justamente “O arbítrio excessivo na aplicação da pena, visto que vários juízes entrevistados admitem se basear na intuição, analisando a aparência e o ‘jeito’ do réu e considerando como antecedentes atos infracionais e processos que correm em simultâneo ao que se encontra sob sua apreciação” (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 86). Nesse ponto que a Filosofia da libertação parece ser essencial para justificar a hipótese do presente trabalho:

Quando se trata da teologia da libertação, a palavra libertação é utilizada para definir a busca do homem, em especial o latino-americano, por condições mais adequadas no campo espiritual, social e individual, de forma a livrar-se do jugo da ignorância e da submissão ao modelo e a condições que lhe são impostos. (COLPANI, 2004, p. 182).

De se salientar que a reforma realizada pela Lei nº 7.209/1984, introduzindo as alternativas penais na legislação brasileira, já em sua exposição de motivos, apontava para a necessidade de que “uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade” (BRASIL, 2016). Trata-se da constatação dos males do cárcere – alto custo, tratamento inadequado e pernicioso, quase sempre desumano, ineficácia – e do reconhecimento de que outras medidas podem ser muito mais efetivas. Ocorre que, mais de trinta anos depois, não

houve mudança real no paradigma que tensionava quebrar-se. A prisão (pena ou cautelar) – sem falar na expansão do direito penal – continua sendo a medida mais utilizada pelo judiciário brasileiro como resposta ao crime. Nesse ponto, o aplicador do direito, o magistrado, em nome da aplicação cega da lei (em alguns casos nem isso), ignora a dignidade do réu, não o reconhecendo como sujeito de direitos.

O relatório aponta, ainda, que:

Uma revisão completa do Código Penal e das demais leis penais é imprescindível para reduzir a dimensão de nosso direito penal, inclusive limitando as possibilidades de abuso contra as previsões constitucionais relativas aos direitos individuais, além dos próprios custos que o sistema de justiça criminal representa para a sociedade. [...]

A menor utilização do sistema de justiça criminal não se impõe apenas como medida de implementação de preceito constitucional, mas também pela sua baixa eficácia e eficiência. [...]

Diante desse quadro, coloca-se a importância de focar melhor a utilização do sistema de justiça criminal. Nesse sentido, há que se discutir inclusive a utilização do sistema na repressão de alguns crimes de motivação econômica e sem vítimas, como pirataria e tráfico de drogas (IPEAb, 2015, p. 90).

Para que tudo isso ocorra, será necessário, muito mais que uma reforma legislativa, o repensar de toda uma cultura jurídica, para evitar que as alternativas penais sejam colonizadas pelo sistema tradicional de justiça penal (ACHUTTI, 2014, p. 129). Ao apontar os obstáculos que impedem uma reforma significativa da lei penal e da estrutura de funcionamento da justiça criminal, Daniel Achutti aponta pelos menos três esferas que devem ser ultrapassadas: em primeiro lugar, os princípios básicos da racionalidade penal iluminista, em segundo lugar, o *déficit democrático nacional*, e, em terceiro lugar – e talvez o mais fundamental para a presente pesquisa – “a formação de operadores jurídicos desvinculados da realidade social brasileira, focados apenas nos aspectos técnico-burocráticos das suas atividades” (ACHUTTI, 2014, p. 130-131).

É certo que os direitos humanos podem servir de base hermenêutica para os operadores jurídicos, mas não basta a simples positivação ou a interpretação rasa – que muitas vezes tem sido vista – faz-se necessária sua efetivação, é

preciso que sejam reconhecidos e debatidos na sociedade civil (COLPANI, 2004, p. 193-194). O Poder Judiciário, como última instância estatal de resguardo dos direitos e garantias fundamentais, deve se basear em um critério ético no dever de fundamentar suas decisões conforme previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. O que encontramos, entretanto, são decisões judiciais nas mais diversas instâncias baseadas exclusivamente na lei, ou, quando muito, em uma hermenêutica abstrata de interpretação das normas.

O preceito ético que se busca aqui é justamente aquele fornecido por Enrique Dussel, que “construiu uma arquitetura da ética da libertação, baseada no que considera ser tanto o critério, como o princípio material universal, fundamento de toda ética” (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 155). Denomina-o de princípio “de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana” e, visto como princípio, se torna um enunciado normativo. Prossegue Sánchez-Rubio (2004, p. 157):

O *ser vivente* do sujeito pode fundamentar a exigência do dever da própria vida, no instante que toma autoconsciência em sua atuação e se faz responsável por sua vida. Responsabilidade individual que se faz corresponsável com respeito aos demais, pela iniludível intersubjetividade que constitui o mesmo ser humano como comunicativo que é. É próprio do modo de realidade da vida humana ter sua própria responsabilidade, encarregam-se de si mesma. A vida não se dá espontaneamente, também se nos impõe como uma obrigação e como uma responsabilidade para conservá-la e desenvolvê-la.

Dessa forma, a alteridade não reconhecida, a exterioridade é a condição prática da crítica ao sistema de aplicação de penas no direito brasileiro. Sánchez-Rubio, comentando a crítica de Dussel ao sistema capitalista de detenção dos meios de produção, faz um comentário que poderia ser perfeitamente aplicada ao sistema criminal brasileiro. Vejamos:

Nosso autor desenvolve uma análise de diversas técnicas de encobrimento, realizadas para iludir as vítimas do sistema, para fazê-las e mantê-las submissas, dóceis e obedientes. Basicamente, todas se resumem no rechaço da alteridade e diferença, como âmbito de existência humana e no exercício do domínio sobre ele. Na descrição que Enrique Dussel faz sobre o efeito inversor que a totalidade do sistema capitalista desenvolve sobre a realidade, gerando a dependência e a pobreza econômica dos países da periferia, indicamos, além disto, alguns dos recursos persuasivos e encobridores que

seus técnicos em leis fazem para legitimar suas ações, através de determinada hermenêutica dos direitos humanos (SÁNCHEZ-RUBIO, 2004, p. 168).

Substituindo-se o sistema econômico capitalista pelo sistema criminal brasileiro e assumindo as técnicas de encobrimento como o imaginário punitivo contemporâneo inclusive de magistrados, que impedem a aplicação das penas e medidas alternativas, temos uma perfeita análise de como o sistema penal tem sido utilizado como ferramenta de manutenção de um estado de coisas injustificável, negando-se direitos fundamentais positivados no texto constitucional a determinados não-cidadãos.

Analisando, especificamente, a situação da efetivação dos direitos humanos na América Latina, Clóvis Lopes Colpani (2004, p. 196) faz o seguinte relato:

[...] a realidade demonstra que ainda hoje se carece da efetivação dos direitos humanos civis e políticos. Basta analisar a condição dos direitos civis do latino-americano pobre, que não desfruta do acesso às condições mínimas de uma existência digna. No caso desta pessoa, não se pode falar em uma igualdade de condições materiais, ou até mesmo, em uma liberdade de escolha.

Os direitos políticos também passam por essa falta de efetivação, pois em muitos casos o que se tem é uma organização política e sindical formais, as quais falta uma continuidade de propósitos, o que é fundamental para o estabelecimento de diretrizes de ação confiáveis. Ainda há o voto de cabresto, o voto comprado e, principalmente, a falta de politização popular.

Que papel ocupa a teoria dos direitos humanos nessa questão da efetivação desses direitos?

Neste sentido, a filosofia da libertação, enquanto teoria, busca compreender os direitos humanos no âmbito do nosso continente, privilegiando a realidade dos excluídos, sem condições mínimas de vida, motivo pelo qual pode ser aplicada à situação do cliente do sistema de justiça penal brasileiro. Colpani (2004, p. 202), nos ensina que a filosofia da libertação procura fomentar movimentos sociais, não à luta pelo poder a qualquer custo, mas por um espaço de participação nas decisões políticas, assim, ao abordar novos temas (globalização, ecologia, índio, feminismo, racismo) buscando novas respostas alternativas aos problemas relacionados a qualquer tipo de exclusão social como ocorre com o réu no processo penal brasileiro.

Milhares de cidadãos não reconhecidos, negados em sua alteridade pelo próprio estado, não conscientes da possibilidade de uma existência digna, na medida em que “é no processo de luta por direitos e conscientização de seu lugar no mundo que se observa a formação de uma subjetividade marcada pela emancipação, como base para a condição da existência do ser” (ARAGÃO, 2004, p. 211).

A tarefa a que se propõem os “filósofos da libertação” é aquela que precisamos propor aos magistrados brasileiros: “lidar com o outro, escutar sua voz”, resgatar a autenticidade dos relacionamentos entre indivíduo e estado (ARAGÃO, 2004, p. 213). Não apenas de uma forma teórica, mas comunicando-se, necessariamente, com a práxis que se estabelece como “tribunal absoluto da verdade do discurso” (DUSSEL, 1977, p. 248). Não se pode deixar que as instituições criadas pelos seres humanos para própria subsistência sejam um fim em si mesmas, pondo em risco a comunidade que as criou (ARAGÃO, 2004, p. 218), motivo pelo qual se propõe a ressignificação do Poder Judiciário, do agir do magistrado, em especial do magistrado criminal.

Nesse processo, o ser se descobre e também ao outro, “já que a percepção de sua alteridade diante do Eu universalista [...] possibilita reconhecer a emergência de outras subjetividades. O sujeito nasce, então, da compreensão de sua alteridade” (ARAGÃO, 2004, p. 216). Tal conscientização – tomada de consciência – implica em um compromisso de reflexão sobre a situação e de ação para transformação da realidade – humanização. São libertados, dessa forma, oprimido e opressor (ARAGÃO, 2004, p. 220). Corrige-se, assim, aquilo que Herrera Flores (2004, p. 373) chamou de “contaminação da alteridade”: “a separação entre nós e eles, o despreço pelo outro, a ignorância sobre o que nos faz idênticos”.

David Sánchez Rubio, comentando uma interessante analogia de Boaventura de Souza Santos sobre a sociedade moderna, fala de um espelho onde a sociedade é capaz de se ver e identificar-se. Espelho que simboliza a ciência, a religião, o direito, o estado, a tradição “que establecen correspondencias y jerarquias entre

campos infinitamente vastos de prácticas sociales”. Todavia, o autor nos lembra que, às vezes, o espelho ganha vida própria e “En ese instante, en vez de verse la sociedad reflejada en el espejo, es el espejo el que pretende que la sociedad lo refleje” (SÁNCHEZ-RUBIOb, 2004, p. 31-32). Tal analogia poderia ser aplicada ao relacionamento entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira.

O Poder Judiciário deveria, em última instância reforçar os acordos semânticos elaborados no Poder Legislativo e, excepcionalmente, corrigir a rota destes acordos quando fossem formal ou materialmente ilegítimos. Conforme analisado neste capítulo, ao menos no que se refere à jurisdição penal e de execução penal, não é o que tem acontecido. Pelo contrário, ignorando a legislação brasileira – ou utilizando-se de uma interpretação rasa e irracional – a magistratura tem permitido inúmeras violações de direitos fundamentais do indivíduo em nome de uma pretensa segurança pública.

A interpretação rasa a qual nos referimos se assemelha a uma cegueira deliberada, muito bem explicada nas palavras do autor: “El drama de la ceguera es el drama de nuestro tiempo, porque somos ciegos que viendo, no vemos la injusticia, las situaciones de muerte y podredumbre provocada, el desprecio por lo humano y el rechazo de la dignidad del ser humano en nuestro vivir cotidiano” (SÁNCHEZ-RUBIOb, 2004, p. 32).

Acerca da magistratura brasileira, Amilton Bueno de Carvalho faz um relato interessante (2014, p. 29-30):

Encontrei, faz uma década, num aeroporto brasileiro, um cidadão de origem chinesa. Ao saber que eu era juiz ele disse: “a sociedade brasileira cuida bem dos seus juízes”.

De fato, os nossos vencimentos, comparados com os de outros países latino-americanos, causa inveja: estamos no topo da pirâmide social.

As garantias constitucionais são fortes: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade dos vencimentos.

Além disso, o *status* social conquistado é importante: no cume do ambicionado pela classe média.

Todavia, essas garantias – importantes, por certo – são destinadas a dar independência aos juízes, mas no interesse do jurisdicionado (e tão-só dele) e jamais no do próprio juiz. Tenho as garantias para que o ato de julgar seja oriundo da livre consciência, dos fatores legitimadores da decisão.

Em outras palavras: que elementos outros, políticos, financeiros, econômicos, burocráticos não abalem a boa decisão – nem mesmos aqueles emergentes da própria estrutura interna do Poder Judiciário. É que, vezes, o juiz é o defensor do um contra os interesses da maioria, quiçá da unanimidade. Por isso, exatamente por isso, o juiz não é eleito: sua legitimação não se dá pela vontade da maioria, como acontece nos outros dois poderes – há dever de proteção do um contra todos os poderes, inclusive do próprio judiciário.

[...]

Em outras palavras, agora na direção do que Rui disse: as garantias são outorgadas para que o juiz não seja covarde; para este, não há salvação porque o sistema tudo faz para que ele assim não seja – é covarde porque quer ser!

Como vimos nos tópicos anteriores, durante a análise dos resultados da pesquisa realizada pelo IPEA, os magistrados brasileiros partem do pressuposto de que sua função, enquanto órgão jurisdicional, é dar uma resposta ao ato criminoso. Nas palavras de Daniel Achutti: “parte-se da equivocada premissa de que existe, de fato, uma necessidade *inequívoca* de castigar, enquanto, muito antes disso, o que há é, verdadeiramente, um *hábito* de punir, característico da noção moderna de justiça” (2014, p. 134).

[...] os currículos das faculdades de direito (nos cursos de graduação, pós-graduação e extensão), assim como os cursos de capacitação contínua dos agentes jurídicos (advogados, promotores, juízes e funcionários do Poder Judiciário como um todo) deverão incorporar a discussão sobre a eficácia do serviço prestado ao cidadão pelo sistema de justiça, independentemente da natureza do processo. (ACHUTTI, 2014, p. 186)

Quando se fala em eficácia, aqui, não se quer dizer em números expressivos e impressionantes acerca das estatísticas ou “Metas” do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (embora, também, não se queira desconsiderá-los), mas é necessário cumprir com o principal objetivo de um Estado democrático: atender, satisfatoriamente, o cidadão. No caso do Poder Judiciário, especificamente, alcançar a pacificação social através de uma prestação jurisdicional de qualidade (ACHUTTI, 2014, p. 186). Os resultados da pesquisa do IPEA demonstram que muitos magistrados já não se lembram mais disso.

Daí porque a necessidade de “aproximar-se dos sujeitos, de entender o ser do outro, do diferente, faz-se assim presente na teoria e prática jurídicas” (ARAGÃO, 2004, p. 222). Reconhecendo-se a alteridade do outro, reconhecem-se os seus direitos, sua dignidade.

De se ressaltar o papel do movimento Direito Alternativo brasileiro, com experiência teórica e prática, na contribuição de juristas que pensam o direito comprometido com a transformação da realidade de exclusão em nosso contexto:

Com base nas teses de Boaventura de Souza Santos e da Nova Escola Jurídica Brasileira, representada por Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Souza Jr., Mauro Noleto propõe uma nova teoria da subjetividade, resgatando o sujeito que nasce dos conflitos pelo reconhecimento de direitos humanos, ampliando seu espaço de cidadania e criando novos direitos. (ARAGÃO, 2004, p. 225)

É um movimento que precisa superar o imediatismo, o pessimismo e o individualismo: “A ética da alteridade precisa cada vez mais ser vivenciada na cooperação entre sujeitos que enfrentam o desafio da libertação, para que não sejam meros objetos de políticas populistas ou assistencialistas e reflitam que a efetivação de direitos implica em um processo de conquista” (ARAGÃO, 2004, p. 226). Desta forma, o reconhecimento do outro – a alteridade – se torna vital para o exercício da dignidade da pessoa humana, fundamental ao funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a analisar a aplicação de penas alternativas no Brasil, baseado no relatório oficial do IPEA publicado em 2014, fazendo-o sob a perspectiva da filosofia da libertação, avaliando, assim, o padrão de comportamento do magistrado brasileiro, forjado sob um paradigma positivista e fundamentado no argumento da “lei e ordem”.

Importa questionar o porquê de a população carcerária brasileira ter mais que quintuplicado nos últimos 25 anos, apesar de a legislação brasileira considerar a prisão, seja cautelar ou definitiva, uma medida excepcional. Questionar o porquê do uso abusivo da prisão cautelar à revelia do que determina a constituição brasileira bem como a legislação penal e processual penal esparsa.

A hipótese proposta nesta investigação, é que tal situação ocorre diante da ausência de alteridade perante o cliente do sistema penal, portador de uma “subcidadania” e não identificado como um “cidadão de bem”, como pessoa. Objetivou-se identificar as razões para utilização de um sistema penitenciário que amplie e reproduza a desigualdades sociais, um espaço de violação de direitos humanos, sustentado apenas pelo argumento (declarado) da punição e da ressocialização.

Sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e configurando-se um dos mais elevados valores reconhecidos pela maior parte das nações como um dos direitos humanos fundamentais, capaz de assegurar a unidade e a legitimidade da comunidade política. Entretanto, para que tal ocorra, fundamental o reconhecimento da pluralidade, da alteridade, o que justifica a utilização de Enrique Dussel como base teórica desta pesquisa.

Assim que, com base em uma metodologia “sóciojurídica”, percorreu-se a filosofia da libertação de Dussel, a teoria crítica dos direitos humanos e a

criminologia crítica para analisar-se a pesquisa acerca da utilização de penas e medidas alternativas no Brasil realizada pelo IPEA em 2014. Ainda acerca do método, buscou-se, por meio do instrumental teórico hermenêutico, identificar a posição do sujeito como ser consciente do lugar em que ocupa no mundo, sem pretensão de neutralidade ou de determinismo, buscando ressignificar o objeto e reconhecer as suas condições de possibilidades.

A partir de tal perspectiva, o primeiro capítulo buscou analisar justamente o princípio da dignidade da pessoa humana e seus múltiplos conceitos. Sob uma perspectiva material, reconheceu-se o seu valor como possibilitador da visibilidade e do reconhecimento dos homens como iguais apesar de suas diversidades. Constatou-se que não faz o menor sentido um conceito abstrato de dignidade, ineficiente, perverso e legitimador de uma igualdade inexistente (e de uma desigualdade existente) em nossa realidade de país colonizado e portador de tão grandes idiosincrasias. Assim, a partir da filosofia da libertação de Enrique Dussel, buscou-se reconhecer a dignidade da pessoa humana a partir do ponto de vista do excluído, do dominado, a fim de permitir que a igualdade entre todos os homens possa ser exercitada tanto no discurso quanto na ação, em um espaço comum compartilhado.

Ato contínuo, utilizando o arcabouço da teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores e Sanchez-Rubio para justificar uma criminologia local, latino-americana, formatada a partir do ponto de vista dos excluídos, do ponto de vista marginal, a Criminologia da Libertação de Lola Aniyar de Castro e Eugenio Raúl Zaffaroni, buscou-se problematizar a produção dos discursos criminológicos então vigentes e as tensões existentes entre as aspirações emancipatórias decorrentes de um conceito concreto de dignidade humana, evitando-se a reprodução da desigualdade e das violências reais praticadas em nome de conceitos abstratos e injustificáveis.

Por fim, no terceiro capítulo, analisamos a pesquisa realizada pelo IPEA no ano de 2014 acerca da aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil – oportunidade em que foi possível identificar inúmeras violações de direitos e garantias dos condenados e quais as justificativas invocadas para tal prática pelo

Poder Judiciário. A partir da base teórica escolhida, foi possível contrastar as posições adotadas pelo judiciário brasileiro, reconhecer que tais decisões estão fundadas em um paradigma positivista, segregador, reproduzidor das desigualdades existentes, “justificáveis” apenas diante de um conceito de dignidade humana abstrato, que atenda aos interesses de um mercado capitalista desumanizado.

É necessário repensar nosso sistema de justiça vigente, altamente burocrático e concentrado nas mãos de juristas que deixaram de ser facilitadores para serem limitadores – com uma visão míope e legalista – das situações de conflito. Infelizmente, o sistema atual não produz resultados eficientes: não pune (embora pratique uma violência ilegítima) e não ressocializa, apenas reproduz e implementa desigualdades. Não resolve as situações conflituosas, mas gera um clima ainda mais bélico. Não é capaz de lidar com o problema da violência, na medida em que se utiliza da própria “violência legítima estatal” para oferecer sua resposta.

Neste ponto, criticou-se a formação burocratizada e “axiologicamente neutra” da magistratura (e dos profissionais jurídicos em geral), que se presta apenas a ocultar as reais razões da existência do nosso sistema de justiça penal, sob o pretexto de proteger os “cidadãos de bem”. Tal crítica está fundada na Filosofia da Libertação – o ponto de vista do oprimido – de Enrique Dussel, e, mais especificamente, na Criminologia da Libertação, com o escopo de identificar os problemas existentes em nosso sistema de justiça penal e superá-los a partir do reconhecimento de uma cidadania emancipatória, ressignificando o cliente dos órgãos do sistema como sujeito de direitos reconhecido por um Poder Judiciário capaz de fazê-lo a partir de uma nova perspectiva: o reconhecimento da alteridade, a diversidade que nos torna iguais em uma sociedade fraterna.

Parece razoável e necessário combater os males do cárcere, reduzindo a expansão do direito penal e, se possível, até mesmo fazê-lo recuar do ponto em que se encontra. Entretanto, enquanto o legislador e a sociedade brasileira não alcançam esse grau de emancipação, o Poder Judiciário, como garantidor do Estado Democrático de Direito – e, para fazê-lo, devendo salvaguardar os

direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, inclusive aquele alcançado pelas esferas oficiais de controle penal – deve mudar sua resposta ao crime (e até mesmo sobre o que deve ser considerado crime). Para tanto, toda uma cultura jurídica deve ser repensada, buscando superar os princípios básicos da racionalidade penal iluminista, o *déficit* democrático nacional e a formação de juristas desvinculados da realidade social brasileira.

O que a filosofia da libertação nos oferece, neste aspecto, é um critério ético básico para construir um novo paradigma, o princípio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, a fomentar movimentos sociais que lutem por um espaço de participação nas decisões políticas, em especial, na política penal, propondo-se aos magistrados brasileiros a tarefa de resgatar a autenticidade de relacionamentos ao reconhecer a alteridade de cada indivíduo no seio de cada comunidade. Trata-se, enfim, do efetivo reconhecimento de uma dignidade humana concreta.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. **Subjetividade do outro, processo de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro. Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BENTHAM, Jeremy. **Un fragmento sobre el gobierno**. Madrid: Tecnos, 1948.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo. Companhia das Letras, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>. Acesso em 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 592.581/RS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em 25 jan. 2017.

BOLDT, Raphael. **Direitos humanos e alternatividade jurídica: uma reflexão a partir da filosofia da libertação**. In: KROHLING, Aloisio (org.). **Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais**. Curitiba: Editora CRV, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

CBN. **84% dos juízes brasileiros não confiam no sistema de aplicação de penas alternativas**. Disponível em:

<<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/pais/2015/07/04/84-DOS-JUIZES-BRASILEIROS-NAO-CONFIAM-NO-SISTEMA-DE-APLICACAO-DE-PENAS-ALTERNATIVAS.htm>>. Acesso em 04 out. 2015.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COLPANI, Clóvis Lopes. **Teologia da Libertação e Teoria dos Direitos Humanos**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DESCARTES, René. **O discurso do método**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad.. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth – 4ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Trad. Geroges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da Libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola, 1977.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

GARAPON, Antonine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia – e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback; 10. Ed. Rio de Janeiro: Petrópolis/RJ, 2015.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales**. Coimbra: Colóquio Internacional de Direito e Justiça no século XXI, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

IPEA. **A aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil: Relatório de pesquisa. Sumário Executivo**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pmas\\_sum%20executivo%20final%20ipea\\_depen%2024nov2014.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/pmas_sum%20executivo%20final%20ipea_depen%2024nov2014.pdf)>. Acesso em 04 out 2015.

\_\_\_\_\_. **A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de Pesquisa**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf)>. Acesso em 04 out 2015.

JAKOBS, Ghünther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Navarra: Aranzadi, 2006.

KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos: múltiplo dialético – da Grécia à contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

LOTCKE, Eric. **A dignidade humana e o sistema de justiça criminal dos EUA**. Revista Brasileira de Ciências Criminais (24). São Paulo, 1998.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente.** Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

MÜLLER, Jean-Marie. **O princípio da Não-violência; percurso filosófico.**

Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em direito.** In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OST, François. **O tempo do direito.** Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** 1ª Ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina. 2002.

SÁNCHEZ-RUBIO, David. **Direitos Humanos, Ética da Vida Humana e Trabalho Vivo.** In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades.** In: Revista de Estudos Criminais, ano 4, nº 14, Porto Alegre: Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** São Paulo: Cortez editora, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos Sistemas penas de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana.** In WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SOARES, Luis Eduardo; BILL, Mv; ATHAYDE, Celso. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UOL notícias. **Branços têm mais acesso a penas alternativas; negros vão mais para prisão**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/11/27/brancos-tem-mais-acesso-a-penas-alternativas-negros-vao-mais-para-prisao.htm>>. Acesso em 04 out. 2015.

VIEIRA, Antônio Rufino. **Marxismo e libertação: estudos sobre Ernst Bloch e Enrique Dussel**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2010.

WACQUANT, Löïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos para uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.