

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

**O PARADOXO PENAL:
DENÚNCIA DE UMA PRÁTICA DE DOMINAÇÃO**

Felipe Heringer Roxo da Motta

Curitiba

2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

**O PARADOXO PENAL:
DENÚNCIA DE UMA PRÁTICA DE DOMINAÇÃO**

Felipe Heringer Roxo da Motta

Curso de Bacharelado em Direito

Direito Penal

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Curitiba

2007

O PARADOXO PENAL: DENÚNCIA DE UMA PRÁTICA DE DOMINAÇÃO

Por

Felipe Heringer Roxo da Motta

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Co-orientador:

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Prof.^a Dr.^a Katie Silene Cáceres Arguello

Curitiba, ____ de novembro de 2007.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO ÉTICA DO ESTADO	5
CAPÍTULO II – CRIMES?	44
CAPÍTULO III – O PARADOXO PENAL: DENÚNCIA DE UMA PRÁTICA DE DOMINAÇÃO.....	91
CAPÍTULO IV – POR UMA DIMENSÃO ÉTICA DA AÇÃO HUMANA.....	132
CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO ANTEPROJETO AO PROJETO	168
BIBLIOGRAFIA	173

Resumo

Com base no paradigma da linguagem, temos a possibilidade de saber que a linguagem é centro e fundamento criador do mundo. Porém, há algo anterior à linguagem, sem a qual ela não existe: a vida. Os direitos fundamentais podem servir como meio para proporcionar ações humanas baseadas no fundamento ético do agir, mas a interpretação mais comum na doutrina sobre o tema tem sido insuficiente, por exemplo, em temas como a reserva do possível e os mínimos vital e existencial. Além disso, não é apenas o Estado que tem assumido a responsabilidade de concretizar os direitos fundamentais. O que isso implica? O que expande ou limita? Para um país à margem do sistema-mundo, como o nosso, a aplicação do Direito Penal tem provado ter conseqüências nefastas. As cadeias estão superlotadas, mas a “criminalidade” violenta não cessa seu crescimento. Ao mesmo tempo a corrupção e irresponsabilidade dos agentes públicos, bem como os detentores do poder econômico (os quais, não raro, são os que detêm o poder político). Para críticas mais profundas a alguns dos fundamentos do ramo penalista do Direito, podemos nos servir do instrumental teórico da criminologia. Diversas categorias e teorias foram criadas para enfatizar determinados pontos em torno de um objeto multifacetado como o crime. O crime é uma criação lingüística que filtra a gama infinita de possibilidades de ações humanas e, portanto, é seletiva já em sua criação. Porém, tal seletividade vai ocorrendo em diversos níveis até que seja feita a aplicação da sanção penal privativa de liberdade. Há uma noção que permite observar tal idéia com bastante clareza: a *vulnerabilidade*. Com os olhos para o aparato carcerário, fundamentado no instrumental crítico podemos observar que o aparato penal é um exercício direto de uma prática de dominação, a qual precisa ser denunciada. Temos a imposição de determinadas visões de mundo de grupos dominantes, as quais foram fetichizadas e não se aceitam alternativas. Tais valores são institucionalizados e muitos dos marginalizados são forçados a aceitá-los (e, de fato, uma parcela considerável o faz). Temos verdadeiros opressores introjetados no oprimido, que deseja se tornar um, sendo um fator para proporcionar imobilidade nos fundamentos sociais. Com os instrumentos ideológicos e os usados para sua reprodução, finalidades de vida são reconhecidas e meios para tal acabam criados. Em torno dessa situação, há a atuação do aparato penal e, de acordo com elementos que serão expostos, cria-se um verdadeiro paradoxo. Isso nos possibilita ensaiar o novo, o anúncio da *utopia factível*. O próprio pensamento científico tem sido insuficiente para conceber reais soluções, mas, ao mesmo tempo, tem conseguido manter uma ordem negativa, excludente. Necessário se faz tomar com maior força a dimensão ética do agir humano. Observando a exterioridade, reconhecemos o outro e, a partir de então, devemos afirmá-lo. Isso envolve o reconhecimento da distinção cultural: conhecimento além da ciência; ensino além da escola; medicina além da Medicina; e assim por diante. Um possível caminho para tal é o método analético proposto por Enrique Dussel. Com todo o arcabouço teórico desenvolvido, podemos colocar o Direito Penal em questão. Não se tem ânimo de definitividade com este trabalho, sendo um passo dentro de um processo maior e mais complexo.

Introdução

Começemos com uma pergunta: o que é um paradoxo? Normalmente, quando pensamos no significado de tal palavra, imaginamos algo relacionado a uma contradição. Se fizermos uma divisão para observar os dois componentes da palavra, será possível reparar que o prefixo grego *pará* significa contrário ou oposto a algo. Por exemplo, temos paranormal (contrário ao normal), paraestatal (oposto ao Estado), paramilitar (contrário a militar), etc. A segunda componente seria a *doxa*, noção que, igualmente oriunda do grego, remete a opinião. Assim, observando etimologicamente, paradoxo é aquilo que se encontra contraposto à opinião comum, ao saber comum. Na definição do novo dicionário da língua portuguesa, paradoxo, enquanto noção filosófica, é “afirmação que conflita com sistemas ou pressupostos que se impuseram como incontestáveis”.

Assim, o título deste trabalho vai expressar um duplo sentido. O primeiro sentido, mais comum e que aqui será central, é o de contradição ao aparentemente constatável. O segundo tem relação com o próprio objetivo do trabalho: a contestação aos pressupostos aceitos e tidos como incontestáveis do Direito Penal. Com relação ao primeiro, tentaremos expor aquilo que chamaremos de paradoxo penal; no que toca o segundo, o trabalho em si é um paradoxo penal.

A estrutura deste trabalho foi dividida em quatro partes principais. A primeira tratará da exposição de algumas premissas das quais partiremos. Tratar-se-á do paradigma lingüístico, a partir do qual a linguagem é centro e fundamento criador do

mundo. É uma postura não muito trabalhada no campo do Direito e, por isso, devemos dedicar um breve fôlego a expor determinados elementos que serão facilitadores na compreensão do desenrolar do trabalho. Há algo anterior à linguagem, sem a qual ela não existe e veremos porque a vida é o fundamento de todo o agir ético. As criações culturais podem permitir ações humanas no sentido que sustentaremos. Os direitos fundamentais podem servir para tal, mas a interpretação mais comum na doutrina sobre o tema tem sido insuficiente. Devemos tratar com seriedade um tema sério, portanto, passaremos por questões importantes como a reserva do possível e os mínimos vital e existencial. Além disso, não é apenas o Estado que tem assumido a responsabilidade de concretizar os direitos fundamentais. O que isso implica? O que expande ou limita?

A partir do segundo momento, começaremos um trabalho questionador. Trata-se de iniciar um trabalho crítico que remete a alguns dos cânones do Direito Penal, que apenas são reproduzidos doutrinariamente, mas raramente são questionados. Para um país à margem do sistema-mundo, como o nosso, isso tem provado ter conseqüências nefastas. As cadeias estão superlotadas, mas a “criminalidade” violenta não cessa seu crescimento. Ao mesmo tempo a corrupção e irresponsabilidade dos agentes públicos, bem como os detentores do poder econômico (os quais, não raro, são os que detêm o poder político). Assim, partiremos para uma análise superficial de três dos fundamentos do Direito Penal (crime, tipo, bem jurídico), com o intuito de reparar sua fundamentalidade para o citado ramo do Direito. A partir de então, começaremos a nos enveredar pelos temas da área central deste trabalho: a Criminologia. Estudaremos como começou a análise do fenômeno em torno do delito e como as concepções foram sendo ultrapassadas. Diversas categorias e teorias foram criadas para enfatizar determinados pontos em torno de um objeto multifacetado como o crime. Após exposição, acabaremos por utilizar diversos dos elementos trabalhados, pois, em grande parte das vezes, são concepções complementares e que facilitam uma visão mais ampla sobre algo tão complexo que é o comportamento humano. O crime é uma criação lingüística que filtra a gama infinita de possibilidades de ações humanas e, portanto, é seletiva em sua criação. Porém, tal seletividade vai, conforme veremos, ocorrendo em diversos níveis até que seja feita a aplicação da sanção penal privativa de liberdade. Há uma noção que permite observar tal idéia com bastante clareza: a *vulnerabilidade*. Concepção desenvolvida

melhor por Eugenio Zaffaroni, da qual nos serviremos para aprofundar a reflexão pretendida.

No terceiro momento, a crítica vai ganhando um caráter maior de denúncia. Caminharemos em direção à análise não mais das categorias penais e criminológicas, ou seja, voltaremos nossos olhos para o aparato carcerário. Com as críticas já tecidas e com o instrumental teórico levantado poderemos observar que o aparato penal é um exercício direto de uma prática de dominação, a qual precisa ser denunciada. Temos a imposição de determinadas visões de mundo de grupos dominantes, as quais foram fetichizadas e não se aceitam alternativas. Tais valores são institucionalizados e muitos dos marginalizados são forçados a aceitá-los (e, de fato, uma parcela considerável o faz). Temos verdadeiros opressores introjados no oprimido, que deseja se tornar um, sendo um fator para proporcionar imobilidade nos fundamentos sociais. Com os instrumentos ideológicos e os usados para sua reprodução, finalidades de vida são reconhecidas e meios para tal acabam criados. Em torno dessa situação, há a atuação do aparato penal e, de acordo com elementos que serão expostos, cria-se um verdadeiro paradoxo.

A partir do quarto momento, pegaremos as diversas denúncias feitas e procuraremos delinear o anúncio da possibilidade do novo. Não será uma exposição com o caráter “científico” que a Academia costuma definir. Porém, o próprio pensamento científico tem sido insuficiente para conceber reais soluções, mas, ao mesmo tempo, suficiente para manter uma ordem negativa, excludente. Trataremos de suscitar a questão da responsabilidade ética que deve pautar os atos humanos e para tal, observar o outro como tal. Para entender a temática da alteridade, deveremos passar pelo momento de encobrimento e negação da alteridade, tornada diferente a partir de um fundamento do Mesmo. Voltando os olhos para a exterioridade, reconhecemos o outro e, a partir de então, devemos afirmá-lo. Isso envolve o reconhecimento da distinção cultural: conhecimento além da ciência; ensino além da escola; medicina além da Medicina; e assim por diante. Um possível caminho para tal é o método analético proposto por Enrique Dussel. Com todo o arcabouço teórico desenvolvido, podemos voltar ao Direito Penal e colocá-lo em questão.

Ao terminar, podemos ter consciência de que nada foi terminado, além de um passo. Este trabalho é apenas um ponto em um processo muito mais complexo. Não se trata de expor e restar satisfeitos em função de ter contribuído um pouco para a crítica de

um sistema nocivo e destrutivo com relação à vida. Devemos saber que o processo continua.

Capítulo I – Direitos fundamentais e a função ética do Estado

1. – Mundo e cosmos.

Este não é um trabalho cujo tema central envolve a filosofia da linguagem, mas para sustentar as conclusões deste capítulo, será necessário tratar de algumas noções do citado ramo filosófico. Não se pretende um maior aprofundamento do que o necessário, limitando-nos à exposição daquilo que será o suficiente para melhor compreensão do que será trabalhado e, ao mesmo tempo, não alongar temas, que apesar de extremamente relevantes ao Direito, são complementares do objeto deste estudo. Assim, trataremos de forma superficial de temas concernentes à teoria do Estado antes de chegar no ponto central deste capítulo, o qual versará sobre os direitos fundamentais.

Apesar de ser uma terminologia não adotada por muitos autores, opta-se por aquela usada por Enrique Dussel, um dos marcos teóricos que serão desenvolvidos aqui, exatamente pela relevância que terá nas partes subseqüentes do trabalho¹. Podemos separar duas categorias que são objeto de alguma controvérsia e confusão no pensar cotidiano: *mundo* e *cosmos*.

Cosmos será utilizado para representar toda a existência, “a totalidade das coisas reais, conhecidas ou não pelo homem”. É o Todo “constituído de si, a partir de sua

¹ Paulo Freire, por exemplo, utiliza as expressões *suporte* e *mundo*. Aquele corresponde ao que será usado aqui como *cosmos*, enquanto *mundo* é expressão coincidente com o sentido que será utilizado. Cf. FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*, p. 50.

própria essência”². *Mundo* é o elemento humano, cultural, é a “totalidade dos entes (reais, possíveis e imaginários) que são por relação ao homem e não somente reais, por si”³.

Assim, o ser humano quando percebe determinado objeto e o identifica como uma mesa aplica uma carga de sentidos culturais sobre o cosmos e faz uma espécie de “secção” na realidade. Esta fração é tida, então, como um objeto e visto como um todo também culturalmente fracionável, por exemplo: o tampo, os pés, a quina, etc. Porém, essa divisão existe apenas culturalmente, não subsistindo sem o ser humano. O conceito cultural de mesa é variável de pessoa para pessoa, mudando individualmente ao longo do tempo, bem como de cultura a cultura, tanto temporalmente quanto espacialmente.

A mesa não existe por si só, mas apenas a partir do ser humano. Se este deixasse de existir, a mesa (enquanto secção da realidade) deixaria de existir. Porém, algo subsistiria, o que corresponderia ao cosmos. Este é anterior, contemporâneo e posterior ao ser humano, enquanto o mundo existe apenas a partir da humanidade, seu fundamento. Mundo e cosmos são, então elementos distintos e não se confundem. Existe cosmos além do mundo: aquilo que jamais foi percebido de qualquer forma pelo ser humano, sendo que tal percepção ocorre normalmente, mas não apenas, sensorialmente. Da mesma forma há mundo para além do cosmos: toda a existência meramente cultural, ou seja, os entes oriundos da imaginação. Explicando de outra forma, “não significa que o mundo seja uma parte do cosmos. Mas significa que algumas coisas reais do cosmos desempenham no mundo a função de coisas-sentido. Todavia, há entes que não são cósmicos, mas são mundanos (todos os entes imaginários). Por isso diremos que *há* coisas no cosmos ou que os entes *são* no mundo” (grifos no original)⁴.

Essa distinção tem sido trabalhada apenas recentemente no campo jurídico, não sendo tão mais antiga nos ramos filosóficos. Autores sustentam uma crise paradigmática para explicar essa situação. Seria o paradigma da consciência perdendo espaço para o assim chamado paradigma da linguagem. É o fenômeno correspondente ao *giro lingüístico*⁵, sendo que alguns autores apontam o início do paradigma da linguagem na

² Ambas as citações de DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da Libertação*, p. 29

³ DUSSEL, E. D. *Idem, ibidem*.

⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 29-30.

⁵ Há outras expressões que são usadas para expressar a mesma coisa: viragem lingüística (Blanco), guinada lingüística (Habermas) ou reviravolta lingüística (Manfredo Oliveira). A expressão “giro lingüístico” é usada, também, por Richard Rorty. Cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, p. 161.

metade do século XX. Não se trata aqui de que a linguagem tenha se tornado um tema relevante à filosofia, pois autores anteriores como Gottlob Frege⁶, Bertrand Russel⁷ e Saul Kripke, por exemplo, davam ênfase ao tema, que era central em seus estudos, mas sem abandonar o paradigma da consciência. Os citados autores tratavam os objetos referidos lingüisticamente como coisas de possível acesso absoluto do ser humano. Como se o objeto pudesse ser inteiramente apreendido lingüisticamente ou como se a palavra pudesse conceituar aquilo que se pretendia. “Trata-se de um *giro* da própria filosofia, uma *virada* no modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de objeto da reflexão para a *condição de fundamento* de todo o pensar. Filosofar significa filosofar a partir da linguagem” (grifos no original)⁸. Para tal momento, é possível apontar alguns grandes marcos teóricos: Apel e Habermas (com a razão comunicativa); Niklas Luhmann (com a razão sistêmica) e Hans-Georg Gadamer (com a razão hermenêutica)⁹. Para nós, por ora, será mais importante a última concepção citada.

A palavra, enquanto atribui sentido, cria o mundo, portanto, a interpretação é criativa. Não existe um sentido por si só na palavra. A tinta, integrada ao papel, enquanto cosmos, não se diferencia de toda a realidade. No momento em que o intérprete lê, ele mesmo produzirá o sentido a partir de toda a carga de sentidos que consegue atribuir. “Na filosofia da consciência se dizia que o sujeito cognoscente poderia, de forma racional, determinar o objeto; com Gadamer, essa relação sujeito-objeto é rompida/ultrapassada, pois o sujeito (...) é ele e sua cadeia significativa”¹⁰.

No paradigma da consciência, tamanha foi a crença no intelecto humano a ponto de, ao longo de seu desenvolvimento, imaginar que não haveria nada para além do pensado, com manifestação forte no pensamento hegeliano, segundo o qual o *Ser* e o *Pensar* são idênticos¹¹. Em última análise, e grosso modo, o principal erro de diversos autores foi ter confundido os elementos cosmos e mundo, dando primazia a este¹². A

⁶ FREGE, Gottlob. *Der Gedanke: eine logische Untersuchung*. In: Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus 2, 1918-1919, pp. 58-77. Ou FREGE, G. *Über Sinn und Bedeutung*. In: Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, NF 100, 1892, pp. 25-50.

⁷ RUSSELL, Bertrand. *The problems of philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁸ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*, p. 93.

⁹ LUDWIG, C. L. *Idem, ibidem*.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 270.

¹¹ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 316.

¹² DUSSEL, E. D. *Método para uma filosofia da libertação*, pp. 130-131.

partir da concepção lingüística do pensar, parece haver pouca dúvida quanto ao fato de que a linguagem é o fundamento de todo o pensar, o elemento que cria o mundo, a partir da idéia de criação de sentido, de significados culturais.

Linguagem como cultura, então, deve ser aqui entendida em uma acepção ampla. Não se trata apenas da “linguagem” falada ou escrita, mas envolve toda e qualquer carga de sentido cultural. Entende-se cultura “como o acrescentamento que o homem faz ao mundo que não fez. A cultura como resultado de seu trabalho. Do seu esforço criador e recriador. O sentido transcendental de suas relações. A dimensão humanista da cultura. A cultura como aquisição sistemática da experiência humana”¹³. Mesmo que tenhamos contato pela primeira vez com determinado objeto, no momento em que dados sensoriais começam a ser percebidos, imediatamente começamos a aplicar diversos significados: cor, textura, forma, substância, odor, etc. Eventualmente nomeamos, o que é apenas mais uma aplicação de uma carga semântica à coisa. Tudo isso é linguagem e, portanto, está no *mundo*. Então, conforme Lenio Streck, podemos enunciar que: *todo o conhecimento ocorre na linguagem* (a própria ciência se dá lingüisticamente); *é a partir da linguagem que surge o mundo* (este se encontra na linguagem); *o próprio sujeito* (falante e que compreende a linguagem alheia) *é lingüístico*; *a ação é condicionada lingüisticamente* (a carga de sentido que atribuímos, por exemplo, a certas coisas e situações condicionam o nosso agir¹⁴); *o sentido é lingüístico* (a linguagem ganha sentido conforme tenha significado para a comunidade de falantes, sendo que a própria linguagem tem um sentido criador, origina o mundo)¹⁵.

Os entes que estão para além do cosmos são extremamente relevantes no Direito. Este lida com elementos culturais na maior parte do tempo. A lei, a norma, o crime, o Estado, a sentença e, em última análise, o próprio Direito são todos exemplos. São todos elementos culturais que não subsistem por si só. São criados e modificados lingüisticamente pelo ser humano, o qual constantemente atribui e modifica o sentido de todos esses elementos.

¹³ FREIRE, P. *Educação como prática de liberdade*, p. 117.

¹⁴ Se tenho frio e sei que a hipotermia pode levar à morte, procuro buscar fontes de calor; se tenho fome, busco alimento; se sei que certa comida é venenosa, não a ingiro; etc.

¹⁵ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, pp. 171-172.

No campo jurídico nacional, no entanto, essa forma lingüística de conceber o mundo (e, portanto, o próprio Direito) não tem sido tão trabalhada¹⁶. Quando diversos autores tratam das “formas” ou “técnicas” de interpretação, ainda falam em sua forma literal, histórica, sistemática, etc¹⁷. Isso é típico de concepções que imaginam ser possível o acesso direto ao objeto (relação entre um sujeito neutro que trabalha com um objeto, sem influência deste e sobre este), sendo ainda mais complicado quando se trata de leis. Os autores cometem o erro de imaginar que os “objetos” são completamente tangíveis pelo intelecto humano, mas não reparam que os próprios dados sensoriais são interpretações do sistema nervoso, o qual transforma dados (vibrações no ar, energia térmica no ambiente, frequência de ondas de luz, etc.) em determinados impulsos que para nós se apresentam como sons, sensações tácteis ou imagens. Porém, ao se tratar de leis a situação é ainda mais complexa, pois as letras, palavras ou frases contidas em disposições normativas só ganham sentido em determinada cultura, sendo que a carga de cada expressão é variável, inclusive de pessoa para pessoa. Não se precisa citar muitas noções tidas como altamente indefinidas (como *dignidade da pessoa humana*), bastando pensar que concepções como *sentença* são objeto de discussões acirradas no campo jurídico.

Como não há saber absoluto nem ignorância absoluta, todas as criações culturais são inseridas em um dado momento histórico e em dada organização social. Com relação à linguagem, devemos, então, assumir uma postura “socrática”, tendo consciência de nossas próprias limitações¹⁸.

Assim, partindo desses pressupostos lingüísticos é que começaremos a desenvolver o raciocínio aqui pretendido. Sendo a linguagem pressuposto do mundo e estando as categorias jurídicas aí inclusas, há algo logicamente anterior, que já foi citado de forma reflexa aqui. Antes da linguagem, antes do mundo, antes dos sentidos culturais há o ser humano capaz de dizer e compreender tudo isso. Com isso, antes de tudo o que foi explicado há a *vida humana concreta*.

2. – A vida como pressuposto do mundo.

¹⁶ STRECK, L. L. *Idem*, pp. 65-66.

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, pp. 277-294. Cf. também DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, pp. 425-430.

¹⁸ FREIRE, P. *Educação como prática de liberdade*, p. 98.

“A vida humana é o *modo de realidade* do sujeito ético (...), que dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins” (grifos no original)¹⁹.

Se chegarmos a um extremo, com base no que foi sustentado na seção anterior, seria possível afirmar que a própria vida é uma noção lingüística. Porém, o que se trata aqui não é da vida nesse plano. Não são juízos valorativos sobre a noção cultural; não é uma reflexão sobre uma vida “melhor” ou “pior”. Trata-se aqui de um *prius*, algo que é anterior a toda a linguagem e independente dela. É a vida concreta, a qual poderia ser situada em nível cósmico. “O *modo de realidade* do vivente humano é mais do que propriamente *condição*, mais do que *fundamento*, para ser precisamente *fonte e conteúdo* de onde emana, inclusive, a racionalidade como momento desse ser vivente humano” (grifos no original)²⁰.

A partir dessa noção de vida concreta, para além de toda a linguagem, pode-se começar a criar sentido, linguagem, que não a corresponda (por impossível que é esse acesso ao objeto), mas que condicione a ação capaz de produzi-la, reproduzi-la e desenvolvê-la. Para tal, não lidamos imediatamente com toda a forma de vida, mas a vida humana (apesar de mediadamente envolver todas as outras formas de vida). Também não iremos tratar da vida humana individual, mas da sua forma coletiva, é a vida humana do sujeito em comunidade.

Apesar de que o ponto ético será desenvolvido na última parte deste trabalho, para sustentar as conclusões deste capítulo é necessário antecipar alguns temas. A postura ética que será aqui adotada tem base na arquitetura de Enrique Dussel, exposta na obra *Ética da Libertação*. Consiste em uma ética material, sendo seu conteúdo a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade, cuja produção, reprodução e desenvolvimento são os “pressupostos materiais *a priori* de todo o ato humano”²¹. A partir disso, o autor enuncia, de forma não acabada, o *critério material universal*: “aquele que atua humanamente sempre e necessariamente tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento auto-responsável da vida de cada sujeito humano numa *comunidade de vida*, como cumprimento material das necessidades

¹⁹ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 131.

²⁰ LUDWIG, C. L. *Para uma filosofia jurídica da libertação*, p. 184.

²¹ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 144.

de sua corporalidade cultural (a primeira de todas o desejo do outro *sujeito* humano), tendo por referência última toda a humanidade” (grifos no original)²².

Com tal noção, é necessário cumprir determinadas condições para que as três citadas dimensões da vida sejam concretizadas, “caso contrário, haverá negação a aspectos da vida, e no limite, fatalmente, haverá a morte (negação do critério-*fonte* e da *condição de possibilidade*)” (grifos no original)²³. Trata-se de um juízo meramente descritivo, com pretensão de verdade prática (produção, reprodução e desenvolvimento da vida) e teórica (o fundamento da existência do mundo enquanto mundo)²⁴. Dessa forma, apenas foi enunciado algo como: a pessoa vive e atua para continuar vivendo. É apenas uma descrição de um determinado fato.

A partir desse enunciado, é possível extrair um mandamento deontológico. É o que o autor denomina de passagem do critério (ser) ao princípio (dever-ser)²⁵. Nesse caso é a passagem do viver ou dever-viver²⁶. Trata-se, no caso de uma ética material da vida, de uma exigência: que o indivíduo vivente continue vivendo. Assim, o citado filósofo expõe, provisoriamente, o *princípio material universal ético*: “aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano, numa comunidade de vida*, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica (...) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com *pretensão de verdade prática* e, em além disso, *com pretensão de universalidade*” (grifos no original)²⁷.

A ética é uma característica eminentemente humana. Apenas o ser humano, ser inserido historicamente em uma coletividade, tem a capacidade de valorar, decidir e atuar em conformidade, ou não, com tais valores. Tem-se, no limite das capacidades técnicas hoje existentes, tal faculdade que é agir com um grau de liberdade, podendo fazer escolhas da mais variada gama, pelo prazer ou pelo sofrimento, por desenvolver ou acabar com sua vida. Dessa forma, “não é possível pensar os seres humanos longe, sequer, da ética, quanto mais fora dela. Estar longe, ou pior, fora da ética, entre nós,

²² DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 134.

²³ LUDWIG, C. L. *Para uma filosofia jurídica da libertação*, p. 185.

²⁴ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 136.

²⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 139.

²⁶ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 141.

²⁷ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 143.

mulheres e homens, é uma transgressão”²⁸. Assim, negar a ética é uma forma de negar a própria humanidade do indivíduo.

Com as noções usadas, podemos explicitar que o chamado paradigma da linguagem não subsiste por si só. Sendo a vida o pressuposto de todo o ato humano, algo necessário *a priori* para a constituição do mundo, o centro do pensar a ser desenvolvido aqui está na vida e não na linguagem. Porém, passa por esta na medida em que se a usa para condicionar ações humanas no sentido de produzir, reproduzir e desenvolver a vida concreta de cada sujeito. Seria uma espécie de quarto paradigma já anunciado como *da vida concreta de cada sujeito*²⁹ ou *biocêntrico*³⁰.

Estando inseridos em um espaço, em dado momento histórico, não podemos olvidar a função dos aparatos culturais existentes dentro de uma perspectiva biocêntrica. Assim, podemos, a partir dos pressupostos lingüísticos expostos, tratar dos temas acerca do Direito e do Estado.

3. – Função ética do Estado.

O Estado nacional conforme conhecemos, fruto de uma concepção moderna, já teve diversas funções. Alvo de críticas e elogios ao longo do tempo, não permaneceu estático, mas, como qualquer noção cultural, foi (e é) constantemente adaptado.

O Estado brasileiro é constituído como um *Estado Democrático de Direito*, conforme se depreende do art. 1º da CF. Estado de Direito é expressão que indica a forma estatal que não apenas utiliza o Direito como forma de regramento social, mas também a ele se subordina. Conforme Carlos Ari Sundfeld, “Estado de Direito é o que se subordina ao Direito, vale dizer, que se sujeita a normas jurídicas reguladoras de sua ação”³¹. Assim, o autor aponta alguns elementos essenciais para a subsistência do dito Estado de Direito: *supremacia da Constituição, separação dos Poderes, superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais*³². O primeiro elemento tem relação direta com a forma de organização do ordenamento jurídico, conforme ainda hoje explicado nas academias. Coloca-se a forma piramidal, típica de estruturas hierárquicas, e afirma-se a Constituição como local superior a logicamente anterior a todo o ordenamento. Fundamenta-se-a em

²⁸ FREIRE, P. *Pedagogia da autonomia*, p. 33.

²⁹ LUDWIG, C. L. *Para uma filosofia jurídica da libertação*, p. 14, 27.

³⁰ LUDWIG, C. L. *Idem*, p. 19.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, p. 37.

³² SUNDFELD, C. A. *Idem*, pp. 40-49.

um poder constituinte originário, uma “Assembléia de representantes do povo, eleita para tal finalidade”³³, expressando sua vontade. Em razão disso, as leis emanadas pelo Congresso se submetem ao crivo da constitucionalidade, ou seja, não podem contrariar aquilo que foi promulgado por um poder originário, expressão direta da “vontade popular”. Esse é, inclusive, o fundamento do controle de constitucionalidade das leis.

A separação dos Poderes tem ligação com um receio direto daqueles que se submetem ao poder: o problema do abuso e arbitrariedades em seu uso. Para tentar solucionar tal questão, criou-se a idéia de que separando atividades distintas, mas complementares e essenciais entre si, o problema estaria resolvido. Assim, um órgão emanaria as leis (Legislativo); outro seria responsável pela aplicação direta em políticas públicas, gestão orçamentária, em suma, lidaria com a administração estatal (Executivo); e outro teria a capacidade de dirimir conflitos em diversas esferas sociais com a aplicação do poder jurisdicional (Judiciário). Cada um desses Poderes teria funções independentes, mas exercendo parcela de controle, uns sobre os outros. Dessa forma, os autores expõem uma solução aparentemente fácil para contornar a questão do descumprimento de leis pelo próprio Estado³⁴: ao Judiciário cabe zelar pela aplicação das leis, para o controle de constitucionalidade e, inclusive, para a imposição de sanções em razão de seu descumprimento³⁵.

A superioridade da lei deve ser entendida como forma principal de regramento da sociedade. A execução de atos estatais não podem ocorrer sem a observância dos ditames normativos, inclusive como forma de garantia de defesa do indivíduo. “Sendo expressão da vontade geral, a lei impor-se-á ao próprio Estado, quando este se ocupar do Governo e da Justiça”³⁶. Assim, o Estado governa submetido às leis, mas também pelo seu uso. Seria uma espécie de dupla dimensão da superioridade legal.

Por último, cabe citar que é característica do Estado de Direito a garantia dos direitos individuais. O reconhecimento de certas garantias essenciais ao desenvolvimento

³³ SUNDFELD, C. A. *Idem*, p. 41.

³⁴ SUNDFELD, C. A. *Idem*, p. 43.

³⁵ Solução aparentemente simples, mas de fato assaz ingênua. Trata-se de um mero deslocamento do pólo de controle, problema que assola muitos autores, os quais inseridos na lógica atual não sabem como solucionar. Enquanto uns posicionam o controle como função do Judiciário, outros situam “o intérprete” da lei como o controlador de abusos e como forma de concretização de princípios constitucionais [Cf. STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, pp. 257-258]. Porém, isso desloca o *topos* da arbitrariedade, mas não soluciona a questão principal: *quem controla o controlador?*

³⁶ SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de Direito Público*, p. 45.

individual é fator bastante forte e presente nas Constituições contemporâneas. São direitos oponíveis não apenas a todos os outros cidadãos, quando ocorre invasão de certa esfera mínima individual, mas também contra o Estado. É daí que surge a noção de direito subjetivo público, ou seja, “um direito que o indivíduo titulariza contra o próprio Estado”³⁷. O Direito Público tem, em grande medida, a concretização dessas garantias, sendo que as outras três idéias expostas anteriormente têm como fim último a proteção *individual*.

O Estado de Direito é, então, aquele que tem como característica principal a atuação mediante e submetida ao Direito, com o fim de concretizar as garantias *fundamentais*. Porém, o Estado brasileiro é predicado com mais um elemento: é dito, também, *democrático*. Esse fator acrescenta à noções de Estado de Direito e fato de existirem mecanismos para que a própria população possa atuar na tarefa legislativa. Assim, citam-se plebiscito, referendo e projeto de lei de iniciativa popular como instrumentos tendentes a tal fim.

Todas essas noções expostas (Estado, Direito, democracia, garantias individuais, separação dos Poderes, etc.) são todas criações humanas. Não passam de linguagem, sendo, dentre outras coisas, realidade histórica. Normalmente são apontados três elementos como constitutivos necessários do Estado (povo, território e poder político), mas tal é apenas uma forma de conceber a formação estatal. É “o Estado nacional soberano que, nascido na Europa, se espalhou recentemente por todo o mundo”³⁸. Em última análise, não há quaisquer dessas idéias sem o ser humano e sem este também não ganham “atuação”. Assim, quem age “em nome do Estado”, quem cria leis, quem utiliza o poder jurisdicional, quem concretiza os direitos fundamentais é o ser humano e em favor deste (ou, pelo menos, assim deveria ser).

Suscita-se, então, a questão da finalidade do Estado. É tema de suma importância, pois sem um objetivo, algo com tamanha força cultural como o Estado perderia qualquer razão de ser³⁹. Diversos critérios são usados para classificar os fins do Estado. Um deles separa-os em fins *objetivos* e *subjetivos*. Aqueles versariam sobre finalidades fixadas ou de forma universal (para todos os Estados indistintamente ao longo de todos os tempos) ou particular (que teria relação com cada Estado individualmente),

³⁷ SUNDFELD, C. A. *Idem*, p. 48.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 19.

³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 102.

ênfatizando o objeto de cumprimento estatal (seja a liberdade, bem-comum, etc.). Os fins subjetivos colocariam as necessidades das pessoas em foco, sem um elemento objetivo definido *a priori*⁴⁰.

Outras teorias fazem a separação em fins *expansivos*, *limitados* e *relativos*. Os primeiros preconizam o desenvolvimento sem limites das finalidades estatais, o que, segundo Dallari, constitui o primeiro passo para excessos e configuração de regimes totalitários⁴¹. Aqui, entram as concepções *utilitárias* (pregando o desenvolvimento material sem óbices) e as *éticas* (as quais afirmam o desenvolvimento de finalidades morais, ditadas pelo Estado, o que leva a excessos e imposições de concepções moralistas). Pregam fins *limitados* ao Estado aqueles que procuram limitar sua atuação ao mínimo necessário (exemplo típico é a concepção liberal). Teorias que lidam com os *objetivos relativos* não constituem posturas ecléticas com relação às duas anteriores. São noções que pregam uma nova forma de comportamento das pessoas, superando a racionalidade individual e buscando a solidariedade comunitária. Por isso são teorias também chamadas de *solidaristas*. Nesse caso, os fins do Estado são divididos com toda a população que deve trabalhar buscando, todos, a concretização de tais valores⁴².

Um terceiro critério para classificar posturas quanto aos fins do Estado separa os *essenciais* (objetivos dos quais o Estado não pode prescindir) e *complementares* (os quais devem ser cumpridos ao nível máximo, desde que não prejudiquem os essenciais)⁴³.

Assim sendo, podemos buscar contribuições das diversas posturas citadas com relação aos fins do Estado. Com o que já foi explicado, é possível saber que tanto a instituição estatal quanto o Direito são criações humanas, as quais não subsistem sem a humanidade. Dessa forma, não é possível, de forma lógica e ética, afirmar que o Estado e o Direito poderiam ser usados para negar a vida. Se assim fosse, seriam concepções auto-destrutivas, pois ao acabar com a vida humana, em última análise, também deixariam de ser. Assim, torna-se fácil sustentar que o Estado possui uma função ética: a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta de cada sujeito em comunidade. A par disso, existe todo um instrumental que pode ser utilizado para a concretização desses objetivos. Conforme assevera Ingo Sarlet, tendo sido decidido como função do

⁴⁰ DALLARI, D. de A. *Idem*, pp. 103-104.

⁴¹ DALLARI, D. de A. *Idem*, p. 104.

⁴² DALLARI, D. de A. *Idem*, pp. 104-107.

⁴³ DALLARI, D. de A. *Idem*, p. 107.

Estado a realização da dignidade da pessoa humana, *finalidade e justificação* do poder estatal sobre os indivíduos, foi reconhecido “expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”⁴⁴.

O Estado, então, teria a finalidade *objetiva* de produzir e reproduzir a vida humana, enquanto elementos materiais que possibilitam a existência do mundo e de todas as criações culturais. Dessarte, podemos incluir aqui a ressalva de que isso não se aplica apenas ao Estado, mas a todas as criações culturais. Como a existência da vida é pressuposto para a constituição do mundo, permitir que uma determinada noção cultural impulse atos humanos que destruam a vida, em última análise seria uma criação humana auto-destrutiva (pois ao ter a finalidade de destruir a vida, e assim ocorrendo, ela mesma deixa de existir). Ao mesmo tempo, teria a finalidade *subjetiva* de desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade, não sendo uma categoria objetiva, mas condicionada a diversos fatores de ordem não objetiva, variando de acordo com cada grupo e suas necessidades culturais para o desenvolvimento da humanidade.

Podemos apontar, com base no exposto, fins *essenciais* do Estado na produção e reprodução da vida, pois são elementos pressupostos ao seu desenvolvimento, elementos necessários *a priori* para a existência e permanência das categorias culturais. E fins *complementares* no desenvolvimento da vida, enquanto algo a ser feito sempre tendendo ao máximo, enquanto um *mandado de otimização*.

Somando a isso, podemos adotar parte de uma postura *solidarista*. A concretização de tais fins é de responsabilidade do Estado, mas não apenas dele. Os agentes estatais têm como razão de ser de sua função pública a busca incondicionada de tais fins, enquanto os particulares têm, igualmente, o dever ético de, no máximo nível possível, produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade. Há, no entanto, uma diferença entre o dever das pessoas que não exercem uma função estatal e daquelas que atuam em nome do Estado: estas devem *estar* sempre em um nível máximo de atuação, por ser finalidade e razão de ser do Estado; aquelas devem *buscar* o máximo da atuação ética dentro de suas possibilidades. A questão da atuação da sociedade civil junto ao Estado para a concretização de tais fins será retomada no final deste capítulo.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 114-115.

O Direito, com a possibilidade cultural de impor mandamentos e com o poder para coagir pessoas a realizá-los, tem um papel preponderante nesse ponto. O Estado e o aparato jurídico, no entanto, não fazem coisa alguma. São categorias que existem apenas culturalmente, sendo que as pessoas se submetem a ele em maior ou menor medida, assim como há os que operam os instrumentos de poder de forma mais ou menos direta. Pessoas são, então, aqueles que atuam, capazes de modificar o mundo com suas ações. São indivíduos culturalmente legitimados a agir em nome da instituição estatal, com toda a carga simbólica de poder envolvida. A concentração de poder com os magistrados, os quais oferecem a última palavra na solução de conflitos intersubjetivos; a criação de leis por pessoas que (em tese) representam a “vontade do povo”; a atuação agressiva de policiais, os quais exercem a violência física, inclusive com o endosso de muitos.

Assim, tudo o que foi explicitado aqui, em última análise, tem a finalidade de gerar atuações humanas no sentido proposto, fazendo com que os sujeitos que lidam com o aparato estatal e jurídico tenham consciência de que todo esse instrumental teórico é cultural e apenas recebe alguma concretude no agir humano. A produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana constituem fins éticos da atuação de todos, mas principalmente dos agentes estatais, pois têm a responsabilidade de concretizar exatamente os citados elementos, os quais constituem as finalidades éticas e lógicas do Estado.

Com tudo isso, não sobra muita dúvida quanto ao papel preponderante que os direitos fundamentais podem assumir da tarefa ética estatal. Porém, e este será o ponto que terá a necessidade de maior desenvolvimento neste capítulo, o tema dos direitos fundamentais é alvo de diversos debates que suscitam algumas nuances que serão explicadas na seção seguinte. São apontados, por alguns, como real critério material e formal de legitimidade estatal⁴⁵, sendo, portanto, tema altamente relevante.

4. – Direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais têm uma estrita ligação com um dos fundamentos do Estado brasileiro, com previsão no inciso III do art. 1º da CF: a *dignidade da pessoa humana*. Esta, além de constituir limite de atuação e ingerência dos órgãos públicos⁴⁶, é

⁴⁵ SARLET, I. W. *Idem*, p. 71.

⁴⁶ SARLET, I. W. *Idem*, p. 126.

concretizada conforme são realizados os direitos fundamentais⁴⁷. A dignidade da pessoa humana tem, então, relação direta com o *desenvolvimento* da vida concreta, pois pressupõe um sujeito vivo e que consiga buscar a sua evolução, auto-superação.

Remete-se à temática freireana. Considerando que o ser humano é incompleto, inacabado. Tal inacabamento não é uma característica humana, pois toda e qualquer forma de vida está em constante mutação, nunca pronta e acabada. Porém, a consciência dessa incompletude é algo característico do ser humano⁴⁸. É alcançado conforme o ser humano vai se libertando e, ao mesmo tempo, libertando os outros, é a função histórica da humanidade a busca pelo *ser mais*⁴⁹. O ser mais não deve ser confundido de forma alguma com uma espécie de ter mais do capitalismo. Ter e ser são elementos distintos, mas que na sociedade capitalista são freqüentemente igualados. Essa eterna incompletude e interminável busca pelo ser mais devem ser tidas como um desafio humano e não como impedimento ao ato de buscar⁵⁰. Trata-se, então do desenvolvimento da vida humana concreta, com ligação direta com a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais ganham papel importantíssimo nessa função, mas a questão não fica restrita a eles. Utilizando a definição de Ingo Sarlet, “direitos fundamentais são (...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”⁵¹. A partir dessa noção, é possível reparar que os direitos fundamentais não são apenas os contidos no Título II da Constituição, pois sequer são limitados aos dispositivos constitucionais. A fundamentalidade formal é adquirida quando o direito é previsto no texto positivo (não necessariamente nos artigos 5 a 17 da CF), enquanto a fundamentalidade material tem base na *relevância* e *conteúdo* do direito. Não há uma hierarquia entre essas duas noções, pois o reconhecimento escrito apenas generaliza e facilita o trabalho de construção da

⁴⁷ SARLET, I. W. *Idem*, p. 430.

⁴⁸ FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, pp. 83-84.

⁴⁹ FREIRE, P. *Idem*, p. 37.

⁵⁰ FREIRE, P. *Idem*, p. 86.

⁵¹ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 91.

noção cultural, enquanto o direito apenas materialmente fundamental requer um trabalho de construção doutrinária mais elaborado até que os tribunais comecem a aplicá-lo, por exemplo.

Com o que foi exposto e utilizando ainda o § 2º da art. 5º da CF⁵² é possível extrair o chamado *conceito materialmente aberto de direitos fundamentais*: é uma interpretação ampla do tema, que reconhece a fundamentalidade de direitos não escritos, bem como aqueles que não estão positivados no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, em outros pontos da Constituição, ou aqueles reconhecidos em tratados internacionais⁵³.

Os autores costumam explicitar diversas gerações dos direitos fundamentais, com base em uma espécie de desenvolvimento histórico dessas idéias. Apontam o seu desenvolvimento, normalmente, em três gerações. O próprio termo *geração* vem sendo criticado. Não há dúvidas de que o reconhecimento gradativo desses direitos foi ocorrendo de acordo com as necessidades históricas que se apresentavam. Conforme eram percebidas insuficiências, tentavam ampliar o leque da noção em análise. Não se nega o papel influente das relações de poder e outros elementos constantes na estrutura social, principalmente em campo econômico, mas uma análise histórica minuciosa dessas idéias levariam a discussões muito além do que se propõe neste momento. Assim, em virtude da historicidade desses direitos, costuma-se separá-los em gerações, mas há quem afirme a insuficiência da expressão, pois pode gerar a idéia de que um momento sucede o outro, em movimentos de superposição e abandono do anterior. Na verdade, as diferentes gerações têm um caráter complementar, ocorrendo uma acumulação ao longo do tempo. Em virtude dessa possibilidade de equívocos, alguns autores usam a expressão *dimensões* de direitos fundamentais⁵⁴. Porém, mesmo os que usam a expressão *geração* de direitos fundamentais, fazem a ressalva de seu caráter complementar⁵⁵. Dessa forma, como o termo *dimensão* será utilizado para expressar um outro elemento no tema dos direitos fundamentais, opta-se por manter a terminologia tradicional, embora criticada por alguns, para evitar determinados equívocos.

⁵² “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁵³ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 101.

⁵⁴ SARLET, I. W. *Idem*, p. 54.

⁵⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, p. 55.

A chamada primeira geração de direitos fundamentais tem como principal característica apontada a sua função de defesa do indivíduo frente a eventuais arbítrios do poder estatal. É um elemento típico do chamado Estado de Direito, o qual teria limites de ingerência na esfera privada. São teorias típicas do constitucionalismo do século XVIII, as quais envolvem direitos como: intimidade, segurança, propriedade, inviolabilidade de domicílio, entre outros⁵⁶. São direitos tidos como eminentemente *negativos*, no sentido de uma exigência de abstenção dos poderes públicos. Apesar do discurso eufemista usado pela doutrina, não podemos nos deixar iludir. A afirmação desses direitos é típica de uma época, do assim chamado *iluminismo*, em que a burguesia ganhava forças suficientes para travar uma luta ideológica, buscando mudar o modo de pensar de sua época, mas sem ter ainda o poder. Assim, o que se afirmava não era a proteção da coletividade, da vida ou da humanidade, mas queriam evitar que os detentores do poder fizessem intervenções indesejadas na propriedade da classe proprietária em ascensão. Era, então, um grupo em busca de direitos e proteções para sua própria segurança⁵⁷.

A segunda geração dos direitos fundamentais não tem tanto a característica de afastar a atuação dos poderes públicos. Tenta-se exatamente o inverso: que o Estado atue em prestações visando a garantir determinados elementos da vida humana. “Os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação de carências individuais e sociais”⁵⁸. Podem ser citados, para tal geração, os exemplos dos direitos econômicos, sociais e culturais, envolvendo assistência social, previdenciária, à saúde, etc. Deve-se ressaltar que os denominados direitos trabalhistas (como a liberdade de sindicalização, direito de greve, entre outros) também são aqui enquadrados⁵⁹. Enquanto os direitos de primeira geração tinham como um dos fundamentos teóricos a afirmação da igualdade formal, os de segunda geração vem para reconhecer a desigualdade material. Exatamente nesse reconhecimento é que se pode buscar uma espécie de igualdade material, pois, ao se ter consciência da pluralidade de situações e das contingências sociais, é possível buscar a afirmação coletiva da dignidade humana⁶⁰. Assim, busca-se superar a mera proteção do

⁵⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, p. 115.

⁵⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and social structure*, p. 73.

⁵⁸ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de Direito Constitucional*, p. 116.

⁵⁹ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 56.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 568-569.

indivíduo abstrato (portanto, proteção esta também abstrata), para defender valores existenciais⁶¹. Ainda aqui, não podemos esquecer que tais direitos não foram sendo reconhecidos por obra do acaso ou por benevolência das classes privilegiadas. O modelo abstencionista preconizado pelo liberalismo foi criticado ao longo do século XIX e diversos problemas ganhavam cada vez mais visibilidade⁶², o que veio sendo arrastado até 1929, com a quebra da bolsa de Nova Iorque como marco principal apontado. Nesse momento, grandes empresários iam a crises econômicas, havendo falências e diversos outros problemas, o que fez com que fosse demandada a intervenção estatal. Diversos outros fatores também influenciaram, inclusive reclames de setores menos privilegiados, mas que não poderão ser desenvolvidos aqui.

A terceira geração de direitos fundamentais costuma ser também denominada de direitos de solidariedade e fraternidade⁶³. Envolveria uma mudança de racionalidade dos próprios direitos, pois são de titularidade difusa, sem ser individualmente apropriável, como os clássicos direitos subjetivos. Aqui são reclamadas proteções necessárias à sociedade, ou talvez até à humanidade, para a própria perpetuação do ser humano. Podemos apontar exemplos como a proteção ambiental, defesa do patrimônio da humanidade, entre outros⁶⁴. Consiste, principalmente, no reconhecimento de que o “desenvolvimento” econômico é nocivo ao ambiente, algo que, longe de ser uma novidade, começa a ser sentido com cada vez mais intensidade. Isso faz com que medidas de “desenvolvimento sustentável” sejam reclamadas. São direitos que não ganharam tanto espaço no ordenamento constitucional positivo, sendo explicitados, principalmente, em tratados e outros elementos de Direito Internacional⁶⁵.

Existem posicionamentos que apontam ainda uma quarta geração de direitos fundamentais. A exemplo, é possível citar Paulo Bonavides como um representante desta postura no Direito Constitucional pátrio. O citado autor expõe que nesse plano existiriam os direitos à democracia direta, informação, passando pelas idéias de pluralismo. Seriam direitos capazes de adequação a uma sociedade globalizada e de reconhecimento da pluralidade⁶⁶. Há ainda quem posicione a proteção quanto à manipulação genética e

⁶¹ BONAVIDES, P. *Idem*, p. 565.

⁶² SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 55.

⁶³ SARLET, I. W. *Idem*, p. 58.

⁶⁴ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 116-117.

⁶⁵ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 59.

⁶⁶ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 570-572.

outros relacionados na quarta geração⁶⁷. De qualquer forma, “os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*” (grifos no original)⁶⁸. Isso serve para mostrar que, a partir da segunda geração, critica-se fortemente o caráter abstrato do Direito moderno, o qual serviu (e serve) para negar elementos de ordem existencial do ser humano.

As diversas gerações costumam envolver direitos com características que tendem a ser equivalentes, mas buscando um aprofundamento teórico, os autores tentam expor formas de classificá-los para poder extrair conclusões acerca de temas práticos como: direito subjetivo a uma prestação com base em norma de direito fundamental, a eficácia dos direitos fundamentais, a aplicação de políticas públicas e a reserva do possível, etc.

Uma forma de classificá-los, que vem recuperando alguma força hoje nos meios acadêmicos, tem base na teoria de Georg Jellinek. Esta usa a categoria de posições jurídicas, ou *status*, para determinar a relação do indivíduo com o Estado. Podem-se citar as seguintes posições, conforme explicação de Ingo Sarlet⁶⁹: um *status* passivo (no qual o indivíduo está submetido aos poderes estatais, tendo apenas deveres); um *status negativus* (segundo o qual o cidadão teria uma esfera de defesa contra as ingerências do Estado, um âmbito de proteção que não pode ser violado pelos poderes públicos); outro seria o *status positivus* (ou *status civitatis*, segundo o qual o indivíduo teria direito a exigir do Estado prestações positivas); e um *status activus* (sendo um posição jurídica na qual o cidadão recebe um certo número de competências, que o permite tomar parte na formação de vontade do Estado, envolvendo os típicos direitos de participação)⁷⁰.

Com a teoria de Jellinek, acrescentando ainda algumas reformulações, para adaptar a idéia aos desenvolvimentos e críticas de outros autores que apontavam nela insuficiências⁷¹, costuma-se classificar os direitos fundamentais em dois ou três grandes

⁶⁷ Cf. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 60-61.

⁶⁸ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 572.

⁶⁹ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 182.

⁷⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*, pp. 102-103.

⁷¹ Sarlet cita os exemplo de releituras propostas nos níveis do *status negativus* e *positivus*. Segundo o autor, o *status negativus* não pode ser visto como uma garantia absoluta do indivíduo contra o Estado. Diversas situações aparecem ao haver claro conflito entre um interesse individual e outro de ordem coletiva, por exemplo, na desapropriação de propriedades rurais para que seja realizada a reforma agrária. Apesar do direito de defesa da propriedade, para que esta cumpra sua função social, é necessário atuar de modo a “violiar” tal direito exatamente para garanti-lo. Assim, o *status negativus* não é uma garantia absoluta nem do indivíduo e nem do Estado. Da mesma forma, o *status positivus* recebe uma leitura ampliada, quando

grupos. A divisão em dois grupos separa os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações jurídicas. Neste último, divide-se-o em direitos a prestações em sentido amplo (envolvendo os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito⁷². Outros separam em três grandes grupos, a saber: direitos fundamentais de defesa, direitos fundamentais a prestações (que podem ser atuações em nível jurídico ou material) e os direitos de participação⁷³.

Como é possível reparar, as classificações são essencialmente iguais. Porém, os próprios autores reconhecem que o mesmo direito pode ter diversas funções, o que geraria uma dificuldade aparente de inserção em um ou outro grupo. O que se faz é observar a função preponderante no direito para que esta defina sua classificação⁷⁴. Assim, é possível reparar que mesmo os direitos típicos da primeira geração, tidos como essencialmente negativos, podem ter uma *dimensão* positiva. Apenas era observada a dimensão negativa, antes, em razão da própria concepção que se tinha do Estado. Se o Estado não podia atuar, se deveria tentar ao máximo a abstenção, o mais lógico é que os direitos fundamentais adquirissem um caráter essencialmente negativo. Com as mudanças exigidas para adequar problemas gerados por tal postura liberal, o Estado assumiu uma função eminentemente positiva, segundo a qual não apenas podia atuar como não poderia abster-se. Assim sendo, não seria difícil imaginar que os direitos derivados dessa época tivessem um caráter eminentemente positivo.

Diante disso, começou-se a afirmar que todos os direitos fundamentais têm uma dimensão negativa e positiva. Neste sentido o termo *dimensão* será utilizado: para explicitar lado de algo que é, essencialmente, a mesma coisa. Percebe-se, então, que qualquer tentativa de classificação *a priori* dos direitos fundamentais em espécie peca por ser artificial⁷⁵. Isso é devido a um motivo básico, mas pouco apontado nas obras que tratam de direito fundamental. Quando determinada atuação é individual e à pessoa é

comparada com o original. Esse *status* passa a envolver também o nível social, não ficando adstrito a prestações de cunho meramente individual. O *status activus* também é observado de forma mais ampla, para que possa abarcar a sua faceta processual, no sentido de participação do cidadão nos diversos procedimentos de tomada de decisão estatal, como o exemplo clássico do projeto de lei de iniciativa popular. Sobre tais releituras da teoria de Georg Jellinek, cf. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 183-185.

⁷² SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 195.

⁷³ FARIAS, E. P. de. *Colisão de direitos*, p.

⁷⁴ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 236.

⁷⁵ AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*, pp. 80-81.

imposta uma obrigação de não-fazer, deve-se abster de qualquer atuação no sentido vedado. Em caso de violação, por exemplo uma pessoa proibida de realizar certa obra que insiste na construção, pode-se recorrer aos poderes públicos para que o Estado utilize a coação para garantir a abstenção do indivíduo. Nesse caso, a pessoa que atuava em desconformidade foi simplesmente coagida a cessar a atividade. No caso do Estado, isso é fundamentalmente diferente. Quando obrigado a realizar certa abstenção e insiste em atuar, os próprios poderes públicos podem ser movimentados para que cesse a atividade. Com tal exemplo, o próprio Estado, que para efetuar um direito fundamental deveria abster-se de atuações no sentido de violar o direito, é forçado a atuar para impedir a violação. O mesmo ocorre, conforme veremos, com direitos fundamentais tidos como tipicamente positivos: se ocorre a abstenção indevida, o aparato público pode ser movido de forma a coagir a atuação estatal. O direito tido como tipicamente negativo também pode assumir caráter eminentemente positivo: o direito de propriedade, reivindicado por quem já a tinha apenas para a segurança e garantia de mantê-la, pode exigir uma atuação estatal para o cumprir. Conforme citado, a propriedade rural, a qual está improdutivo⁷⁶, para realizar sua função social requer a atuação estatal na desapropriação e distribuição dos lotes daí derivados, ou seja, para se cumprir o direito de propriedade, é necessária a atuação do aparato público.

A concretização dos direitos fundamentais, a par de sua dupla dimensão positiva e negativa, tem uma íntima vinculação com as políticas públicas. O direito à saúde, por exemplo, pode ser cumprido tanto pela melhoria de hospitais para atender as demandas locais, como pela realização de obras de saneamento básico e educação popular para evitar que a pessoa fique doente em função de condições precárias da comunidade em que vive. De qualquer forma, as políticas públicas envolvem o dispêndio de tempo, planejamento e aplicação de recursos, os quais “são finitos e, exatamente por isso, são escassos, já que as necessidades públicas são sempre infinitas ou tendentes ao infinito”⁷⁷.

Sendo imediata a aplicabilidade dos direitos fundamentais, é possível extrair das normas que os caracterizam pretensões subjetivas e individualizadas? Em outras palavras, pode-se recorrer ao Poder Judiciário exigindo a concretização de posições jurídicas subjetivas e, se assim for, existe alguma limitação para tal?

⁷⁶ O próprio critério de produtividade deve ser criticado, pois a função social da propriedade não é atingida apenas com a produtividade. Porém, é crítica que não poderá ser aqui melhor desenvolvida.

⁷⁷ AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*, p. 117.

Para que as separações possam ser devidamente feitas nesse tópico, é necessário, antes, proceder a distinção entre a *necessidade* e a *preferência*. A necessidade envolve tudo aquilo que deve ser feito para tornar a vida possível, é o pressuposto material de subsistência do ser humano. A preferência diz respeito a tudo o que torna a vida mais agradável. Todos os luxos, faculdades ou elementos que apesar de não tão supérfluos não são condicionantes necessários para a existência da vida⁷⁸. Assim, para que a vida possa ser mais ou menos agradável, antes deve haver a própria vida. A questão que toma relevância envolve o reconhecimento das necessidades *versus* a sua negação para a realização de preferências de alguns, ou seja, com a desigualdade social, muitos realizam todas as suas preferências enquanto outros restam incapazes de conseguir o mais básico nível de concretização das necessidades (ou sejam, morrem pela carência dos elementos mais fundamentais à vida)⁷⁹.

Com base na separação entre necessidade e preferência, podemos associar cada uma ao tema, alvo de diversas polêmicas teóricas e práticas, do mínimo existencial e o mínimo vital. Apesar de os termos *vida* e *existência* terem uma forte conexão, não tentaremos uma nova terminologia, aplicando a separação já comum nos trabalhos de direitos fundamentais. Isso se justifica pelo fato de que podemos apontar a *vida* como pressuposto e a *existência* como elemento derivado. Assim, o mínimo existencial deve ser entendido “como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões *qualitativos* mínimos” (grifou-se)⁸⁰. Percebe-se um juízo valorativo, uma noção qualitativa ao perceber o mínimo existencial. Já com relação ao mínimo vital isso não é aplicado. Esta última noção tem vínculos com as prestações materiais mínimas necessárias para manter a vida, não se tratando de juízos valorativos, uma vida melhor ou pior, mas o necessário mínimo para poder, a partir de então, desenvolvê-la. Enquanto o *mínimo vital* está relacionado com as *necessidades* (o que torna possível a vida), com a *produção* e *reprodução* da vida; o *mínimo existencial* tem vínculos com as *preferências* (o que torna a vida mais agradável), com o *desenvolvimento*. Ressalte-se que Dussel não faz tal distinção, afirmando que “a obrigação ética da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em geral.

⁷⁸ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 264.

⁷⁹ DUSSEL, E. D. *Idem, ibidem*.

⁸⁰ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 455.

Esta pretensão ou exigência é absolutamente *universal* (...). São estes os pressupostos materiais *a priori* de todo o ato humano” (grifos no original)⁸¹. Em razão da abertura lingüística que já sustentamos, os próprios termos usados têm acepção equívoca, logo o entendimento dado pelo autor pode ser diverso daquele que aqui atribuímos. De qualquer forma, para deixar mais claro, especificamos que a *produção* (criação) e a *reprodução* (manutenção) têm o caráter absoluto dado por Dussel, dado que são elementos essenciais à *existência* da vida em si. No entanto, o *desenvolvimento* (melhora) da vida envolve juízos valorativos e, portanto, condicionados culturalmente ao indivíduo que interpreta e expressa o sentido.

Os direitos fundamentais podem ser utilizados como aparato cultural que direciona ações para a concretização dos dois níveis: tanto para a realização das necessidades, possibilitando a vida; quanto das preferências, tornando a vida melhor, com a dignidade da pessoa humana como norte. Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana estão essencialmente ligados, sendo que esta pode ser tida, inclusive, como um objetivo que é alcançado conforme se realizam aqueles; ou o caminho reverso, sendo os direitos fundamentais o fim, concretizados de acordo com o nível da dignidade da pessoa humana garantido à coletividade. “Cuida-se, no mínimo, de uma influência recíproca e, portanto, de uma via de duas mãos”⁸².

Isso tudo chama a atenção para um dos temas mais relevantes e complicados ao tratar de direitos fundamentais: pretensões subjetivas e a reserva do possível. Como bem se sabe, as normas que consagram direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da CF⁸³. Partindo da premissa de que tais direitos são positivados e constituídos lingüisticamente, sabe-se da sua incompletude. Portanto, os “direitos e garantias fundamentais” citados no texto legal não devem ficar restritos às regras contidas no Título II da Constituição (dos artigos 5º a 17), mas, fundamentando na concepção materialmente aberta de direitos fundamentais, envolvem todos os direitos e garantias fundamentais, constantes ou não no diploma constitucional⁸⁴.

O problema não é tão simplesmente resolvido com base no tudo ou nada. Primeiro, é necessário explicar que, apesar do debate sobre a noção de eficácia,

⁸¹ DUSSEL, E. D. *Ética da Libertação*, p. 144.

⁸² SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 430.

⁸³ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁸⁴ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 273.

ficaremos com a idéia de Ingo Sarlet, segundo o qual existem diferenças entre a eficácia jurídica e social da norma. Aquela envolve a possibilidade de aplicação da norma vigente (pressuposto para sua aplicabilidade) e de gerar efeitos jurídicos. Já a eficácia social (podendo também ser usada a idéia de efetividade) tem ligação com a opção pela efetiva aplicação, bem como com os resultados concretos desse uso⁸⁵.

As normas de direitos fundamentais podem ter, o que não é tão raro, uma amplitude tal que dificulta, inclusive, saber o que exatamente está se mandando fazer. Não se sabe, então, o que aplicar. Na maioria das vezes é necessária uma atuação do legislador para, ao tratar especialmente de um tema, verticalizar e tornar um pouco mais preciso o tratamento de determinada matéria. Fundamentando na necessidade dessa *interpositio legislatoris*, alguns alegaram que diversas regras de direitos fundamentais não teriam aplicação imediata, por falta de um conteúdo a ser aplicado⁸⁶. Tais argumentos não podem prevalecer, pois mesmo as normas que envolvem direitos fundamentais mais abertas, ainda assim têm aplicabilidade. Por exemplo, a regra do artigo 205 da Constituição prevê: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Mesmo que essa fosse a única disposição que fizesse referência à educação em todo o ordenamento jurídico nacional, uma determinada escola que tivesse a formação voltada apenas ao mercado de trabalho, uma espécie de ensinos fundamental e médio profissionalizantes⁸⁷, claramente violariam tal dispositivo. Seria possível, então, exigir a adequação dessa escola? Sustentamos que sim, eis que a mudança é factível, sendo que a forma que as modificações correriam dependeria de uma decisão do Poder Judiciário. Como a norma já é, em si, lingüisticamente aberta, somado ao fato de que os termos usados no dispositivo citado já são extremamente indefinidos, as explicações *a priori* são sempre complicadas. Dependeria de, no caso concreto, verificar a necessidade de aplicação dessas normas que são tidas como “programáticas”. Tudo isso se dá com a construção lingüística em torno da norma, pois, mesmo no exemplo, alguns poderiam

⁸⁵ SARLET, I. W. *Idem*, p. 247.

⁸⁶ SARLET, I. W. *Idem*, p. 275.

⁸⁷ Apesar de a tendência estar, hoje, apontando nessa direção, o que deve ser combatido de todas as formas.

afirmar que o exercício da cidadania e o desenvolvimento pessoal têm ligação estrita com a capacidade do sujeito para o trabalho, como possibilidade de subsistência⁸⁸.

Assim, acaba-se criando um “campo de batalha lingüístico”, com relação à aplicação das normas, sendo mais acirrada a disputa quanto menor o grau de verticalização da matéria. Isso, no entanto, apenas garante a idéia aqui defendida, segundo a qual toda a norma de direito fundamental é aplicável imediatamente. Deve-se ressaltar, também, que a eficácia das normas objeto de análise não tem apenas natureza subjetiva, existindo uma “natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”⁸⁹.

Se toda a norma de direito fundamental é eficaz e imediatamente aplicável, é possível, a partir delas, deduzir posições jurídicas subjetivas e exigi-las, inclusive por via judiciária? Primeiro, é necessário separar os direitos a prestações originários e os derivados. Estes têm base em uma verticalização procedida pelo legislador ordinário e a partir dessas derivações são aplicados no caso concreto. Já os direitos originários a prestações seriam aqueles presentes na Constituição que, sem qualquer atuação do legislador originário, gerariam posições jurídico-subjetivas e que seriam aplicados apenas com base no dispositivo constitucional⁹⁰. Apenas estes últimos serão analisados aqui, considerando que o primeiro caso representa a aplicação ordinária das noções constitucionais.

A posição mais comum na doutrina nacional e internacional assevera que é possível deduzir direitos a prestações individuais, com base em normas de direitos fundamentais, apenas para garantir um patamar mínimo de vida do indivíduo. Porém, normalmente se omitem com relação ao que seriam essas “prestações sociais mínimas” e não costumam avançar com relação ao que viria depois de concretizado esse patamar mínimo⁹¹. Adotaremos aqui, parcialmente, a postura de Ingo Sarlet com relação a esse ponto. O autor explica que, sob certas condições, é possível reconhecer direitos subjetivos a partir de normas constitucionais que não foram objeto de tratamento pelo

⁸⁸ Note-se que é um argumento com o qual discordamos, dado que o trabalho na forma que tomou no regime capitalista tem, na grande maioria dos casos (principalmente em países periféricos, onde a jornada de trabalho é excessiva e a remuneração mal possibilita a subsistência de um indivíduo), acaba não deixando qualquer espaço para o desenvolvimento individual.

⁸⁹ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 167.

⁹⁰ SARLET, I. W. *Idem*, pp. 314-315.

⁹¹ SARLET, I. W. *Idem*, p. 366.

legislador ordinário. Aponta em seguida que tal posição envolve os direitos diretamente ligados com a vida e a dignidade da pessoa humana (como saúde, salário mínimo, assistência e previdência social). Isso tem o fundamento já anteriormente citado, segundo o qual ao Estado é proibida e negação da vida de alguém, considerando que é a sua própria “razão de ser”⁹².

Sendo possível retirar direitos subjetivos originários a prestações a partir das normas constitucionais, fatalmente chegaremos a situações extremas e que imporão limites. São situações em que a pessoa a quem cabe decidir (seja aqueles que editam as leis orçamentárias ou um magistrado diante de um caso isolado) procede a uma verdadeira “escolha trágica”, sendo que a afirmação de determinados direitos para um pode gerar a sua negação para muitos outros, culminando inclusive na morte⁹³. Assim, ao lidar com exemplos em que os recursos são finitos, os autores costumam propor o critério da reserva do possível. Dois seriam os limites de aplicação desses recursos⁹⁴: um de ordem material (a sua existência para alocação) e outro de âmbito jurídico (a possibilidade de disposição jurídica estatal – assim como quem pleiteia, sendo ambos destinatários da norma – dos recursos). Com base nesses fatores é colocado o tema da reserva do possível, a qual, “compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”⁹⁵. Ainda é possível citar um terceiro elemento que comporia a noção em análise: a razoabilidade na exigência, a proporcionalidade da prestação pleiteada, sendo um limite mais aplicado à pessoa que exige a atuação estatal⁹⁶.

Normalmente, afirma-se que o custo dos direitos tem uma relação intrínseca com a questão da reserva do possível. Porém, conforme os recursos se tornam mais escassos, maior deve ser a responsabilidade no momento de sua alocação, o que aumenta radicalmente a importância das políticas públicas⁹⁷. Cabe, então, conforme ressalta Sarlet, com base em doutrina dos EUA, “levar os direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar sério o problema da escassez”⁹⁸.

⁹² SARLET, I. W. *Idem*, p. 369.

⁹³ AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*, p. 147.

⁹⁴ SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais, pp. 300-301.

⁹⁵ SARLET, I. W. *Idem*, p. 301.

⁹⁶ SARLET, I. W. *Idem, ibidem*.

⁹⁷ SARLET, I. W. *Idem*, p. 373.

⁹⁸ SARLET, I. W. *Idem*, p. 374.

A partir de distinção entre necessidade e preferência, não se tem dúvida de que, para a realização das necessidades ordinárias, existem os recursos. Para garantir comida, água, ar, condições de abrigo e agasalho contra situações climáticas ordinárias (mas que levariam à morte), ou quiçá extraordinárias, para aqueles que necessitam, apesar de muitos, existiriam os recursos para tal. Nesse ponto, no qual converge tudo o que foi exposto até agora, é possível afirmar que para o mínimo vital (no plano da necessidade, aquilo que possibilita a vida) não há que se falar em reserva do possível, sob pena de incorrer em uma dupla falha: uma de ordem lógica (que é garantir elementos que visem à melhora da vida, mas não garantir uma vida a ser desenvolvida) e outra de ordem ética (negar o princípio vida, que é fundamento de todas as criações humanas culturais, inclusive do Direito e do Estado).

Há algo, no entanto, que vai além das necessidades mínimas para a subsistência da vida, diretamente ligado com a dimensão de desenvolvimento da pessoa em comunidade. Nesse ponto, os direitos fundamentais funcionam como um *mandado de otimização de sua eficácia*, o qual funciona como uma busca sempre pelo mais, o maior desenvolvimento possível de se concretizar pelo aparato estatal⁹⁹. Sempre que, depois de se proporcionar a possibilidade de vida, é possível começar a pensar em desenvolvê-la, sendo a inversão disso uma dupla falha. Ao ser otimizada a aplicação das normas de direitos fundamentais, tanto por meio de políticas públicas, quanto por prestações individuais, aí sim entram as ponderações relativas à reserva do possível e a questão de alocação de recursos escassos. Isso se deve ao fato de que possibilitar a vida é uma noção anterior à linguagem e sua condição de possibilidade. Já seu desenvolvimento tem ligação com juízos de valor, uma vida “melhor” ou “pior”, o que envolve questões culturais e, portanto, submetidas a constantes mutações no tempo e no espaço, todas elas relevantes e que devem ser levadas em conta.

Para a aplicação dessas noções, utiliza-se o exposto por Gustavo Amaral, autor este que busca um critério para a aplicação dos recursos escassos com base em dois fatores: a *excepcionalidade* e a *essencialidade*. “O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma vida digna, maior será o seu grau de essencialidade”¹⁰⁰. A partir de

⁹⁹ SARLET, I. W. *Idem*, p. 382.

¹⁰⁰ AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*, p. 215.

grau de essencialidade, retira-se o grau de excepcionalidade. Esta deve ser entendida como a justificação que fundamentaria a recusa para a concretização do direito fundamental demandado¹⁰¹. Dessa forma podemos inclusive fundamentar a posição exposta acima, segundo a qual se a prestação é o necessário para que a própria vida exista, com base em situações ordinárias, não haveria grau de excepcionalidade que fundamentaria a sua recusa. A morte, no entanto, é um acontecimento natural e inevitável, o que impossibilita que o Estado torne imortais as pessoas. Assim sendo, fatores excepcionais (como doenças excepcionais, como as degenerativas, crônicas, as quais não possuem cura com o grau de tecnologia alcançado, etc.) não estão submetidos ao primeiro plano do mínimo vital. Este envolve, de forma absoluta, tudo aquilo que possibilita a vida de forma ordinária e coletiva (como acesso a água potável, alimentação, vestuário – enquanto forma de defesa contra fenômenos climáticos –, condições ambientais, etc.).

Os fatores excepcionais entram no nível do mínimo existencial, pois ao mesmo tempo em que são situações extraordinárias, são essenciais e deve ser buscada ao máximo a concretização dos direitos fundamentais envolvidos. Para tal, é possível observar os diversos níveis de impossibilidades dos atos, com vistas em suas conseqüências, conforme explicita Dussel. Partindo do impossível ao exigível, teríamos: a) “impossibilidade lógica”; b) possibilidade lógica, mas impossibilidade empírica; c) possibilidade empírica, mas impossibilidade técnica (não-factibilidade); d) factibilidade técnica, mas impossibilidade econômica, etc.; e) possibilidade econômica, etc., mas impossibilidade ética; f) “possibilidade ética”, o que exige a concretização; g) “processo efetivo de realização”; h) “conseqüências a curto e longo prazo (institucionalização)”; i) “processo de legitimação e coerção legal”¹⁰².

Isso tudo faz com que seja pertinente a afirmação de Sarlet ao tratar do direito à saúde, mas que aqui usamos com sentido mais amplo, para todos os direitos fundamentais essenciais à vida, sendo que a negativa de sua realização corresponde “à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem

¹⁰¹ AMARAL, G. *Idem*, pp. 215-216.

¹⁰² DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 267.

falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos”¹⁰³. Assim sendo, é necessário observar com olhos críticos quais necessidades não são cumpridas (para os muitos que morrem diariamente, após definharem por muito tempo) ou quais as preferências que são negadas todos os dias e quais são cumpridas. Antes de se pensar na negativa de um tratamento médico sob o argumento de ser muito caro, o que geraria a negativa de realização dos direitos para outros, é válido observar se isso não quer esconder outro fator: a aplicação de verbas públicas de forma irresponsável em outros planos, como construções suntuosas, decoradas de forma luxuosa e desnecessária; gabinetes dos membros de hierarquia mais elevada dos três poderes, os quais são absurdamente remunerados (com base na remuneração padrão nacional e bem como aquela existente em outros setores do aparato público, como os envolvidos da educação); e diversos outros exemplos de irresponsabilidades na aplicação de recursos públicos, os quais são os reais contribuintes para a escassez no cumprimento dos direitos fundamentais mais essenciais do nível das preferências (educação, saúde, moradia, etc.), bem como aqueles que envolvem o mínimo vital. Assim, enquanto a irresponsabilidade na aplicação da verba pública existir, o argumento de escassez para prestações essenciais ao desenvolvimento da vida humana das coletividades que realmente necessitam não pode prevalecer.

Para poder chegar às conclusões visadas por este capítulo, não podemos deixar de tratar do fato de que é possível a concretização de direitos fundamentais por vias que não envolvem a atuação direta do aparato estatal.

5. – A via privada de acesso aos direitos fundamentais.

Apesar de não se encontrar muitos comentários doutrinários sobre esse tema, não se pode deixar de perceber, o que ganha cada vez maior visibilidade com a implementação de políticas neoliberais, que é possível a concretização de diversos direitos fundamentais, não raro com melhor qualidade, pelo âmbito privado. Novamente o Estado começa a procurar um afastamento das tarefas prestacionais, tentando ficar resumido à regulação.

¹⁰³ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 343.

Diversos instrumentos jurídicos têm a finalidade de regular e promover tais possibilidades, normalmente vinculados ao Direito Administrativo. Os exemplos padrões são a concessão, a permissão e a autorização. Servem, basicamente, para transferir a execução de atividades tipicamente estatais para que o particular as execute. Dessa forma, a saúde, a educação, o transporte, a segurança, o saneamento, a distribuição de energia elétrica, dentre outros passam para o particular, que realiza tais serviços por sua conta e risco, extraindo daí o lucro, tudo isso sob a fiscalização dos poderes públicos.

A tendência neoliberal é relegar cada vez mais aquilo que é de sua responsabilidade realizar para o âmbito privado, aumentando as suas dimensões no âmbito fiscalizador e regulador. Nos campos da saúde e educação, por exemplo, os serviços são prestados com uma qualidade visivelmente superior, mas com preços de considerável monta cobrados pelos serviços, o que faz com que, na realidade nacional, um número expressivo da população fique sem acesso a tais prestações feitas pelos particulares. Isso faz com que a Administração Pública mantenha para esses diversos serviços um correlativo público, não cobrando diretamente da pessoa que requer as prestações (sendo usados recursos arrecadados via tributação para a sua manutenção) ou pela cobrança de uma tarifa, nesse caso, diretamente do usuário (como ocorre nos serviços de transporte coletivo).

Assim, de acordo com as práticas contemporâneas, é possível afirmar que aqueles que têm um rendimento considerável conseguem, sem maiores intervenções estatais, concretizar direitos fundamentais, normalmente individuais, com elevada qualidade. Enquanto outros necessitam de maior atuação do Estado para tal. Quem tem o privilégio de optar, consegue moradia (de boa qualidade), saúde (pelos serviços de hospitais privados), educação (com os colégios particulares), segurança (pelas prestações de empresas privadas de vigilância), transporte (com a compra de um carro próprio), etc. Outros muitos precisam recorrer aos serviços de mesma natureza prestados pelo Estado.

A noção de serviço público, que é altamente relevante para situar a discussão, é variada. Os doutrinadores costumam conceituá-lo de acordo com os elementos que preferem dar ênfase. Alguns, segundo Hely Lopes Meirelles, exaltam o caráter *orgânico* (ou seja, é serviço público aquele prestado por órgãos públicos), outros preferem enfatizar o aspecto *material* (definido de acordo com o objeto)¹⁰⁴. Assim como em uma

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 326.

série de outros temas estudados no Direito, não se chega a uma conclusão doutrinária, sendo tal variação de ordem histórica (de acordo com o momento histórico), sociológica (de acordo com a sociedade em que se define o tema) e subjetiva (de acordo com as opções individuais do doutrinador). Certo é que a idéia de serviço público tem bastante relação com as escolhas políticas, legislativas e administrativas de cada Estado, portanto, sem tirar o mérito dos estudiosos estrangeiros e dos estudos de Direito comparado, ater-nos-emos à doutrina nacional que melhor consegue expressar a realidade em que estamos inseridos.

Segundo Marçal Justen Filho, “serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob o regime de direito público”¹⁰⁵.

Com base nessa definição, é possível determinar algumas características dos serviços públicos. Seguindo a orientação do citado autor, há *três aspectos* pertinentes ao que podem ser alvo de foco específico: material (ou objetivo), subjetivo e formal¹⁰⁶. Sob a ótica material os serviços públicos têm a finalidade suprir necessidades de cunho essencial. Do ponto de vista subjetivo, ou seja, quem realiza tal atividade é o Estado (ou quem atue com poderes delegados pelo Estado). Quanto ao aspecto formal, o serviço público é realizado sob o regime jurídico de serviço público.

Marçal Justen Filho afirma que há um elemento anterior, de caráter elementar, que caracteriza a atuação do Estado nesse sentido: os direitos fundamentais. Os serviços públicos existem para a satisfação dos direitos fundamentais e, por assim ser, eles são realizados pelo Estado (aspecto subjetivo) e sob o regime de direito público (aspecto formal). Esses dois últimos elementos são apenas consequência do elemento fundamental da existência do serviço público.

Há a necessidade de reconhecimento legislativo (só há serviços públicos reconhecidos juridicamente como relevantes aos ingresso na categoria de serviço público, portanto, passando a estar sob o regime de direito público), ou seja, através de uma lei (se feito por ato administrativo, este é ilegal). Caso não haja uma lei tornando pública a vontade do Estado de criar um serviço público, a atividade é uma atividade econômica

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 478.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 481.

stricto sensu (logo sob o regime de direito privado)¹⁰⁷. Dessa forma, é possível perceber a citada eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que serviriam também para guiar o legislador ordinário na tarefa de reconhecer a necessidade e essencialidade de determinados serviços para a concretização dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

Percebe-se que a atividade do Estado por meio de serviço público envolve atuação na esfera econômica, mas com algumas características peculiares. Como o serviço público tem a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, é realizado sob o regime de direito público, o que implica uma série de conseqüências. Dentre elas há a aplicação dos chamados princípios de serviço público: *continuidade* (impossibilidade de interrupção da prestação), *igualdade* (impossibilidade de ocorrer discriminações injustificadas, permitindo-se-as para reconhecer a pluralidade material entre os indivíduos) e mutabilidade (ou adaptabilidade, de acordo com a qual o serviço público deve seguir a factibilidade, adaptando-se de acordo com as modificações sociais, técnicas, jurídicas, etc.)¹⁰⁹.

Além desses princípios, há novos elementos, os quais se impõem aos serviços públicos na atualidade, como a *adequação do serviço* (dentro do limite do possível, deve-se prestar o melhor serviço), *transparência e participação do usuário* (o destinatário, interessado na realização do serviço, não é apenas passivo na prestação estatal, atuando junto ao Estado, podendo receber as informações que desejar e sendo possível o trabalho de representantes dos usuários na organização do serviço), *ausência de gratuidade* (os serviços públicos não são gratuitos, mas, em defesa da igualdade, alguns podem receber o serviço gratuitamente, sendo subsidiados pelo Estado ou por outros usuários), *modicidade tarifária* (a tarifa deve ser a menor possível, para não impossibilitar o acesso aos serviços públicos)¹¹⁰.

Costumava-se afirmar que o serviço público seria de titularidade estatal, ou seja, apenas o Estado teria o poder de prestá-lo. Disso decorreria que o serviço público seria prestado exclusivamente pelo Estado. Em virtude das modificações na sociedade e na economia que têm ocorrido, essa titularidade exclusiva tem sido flexibilizada.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*, p. 483.

¹⁰⁸ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 167.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 488-490.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, pp. 491-492.

Diferencia-se *regulação* de *prestação* do serviço público¹¹¹. Essas duas atividades são distintas. O que ocorre atualmente é que a regulação dos serviços públicos ainda é de titularidade exclusiva do Estado, mas a prestação é flexível, podendo ser atribuída a particulares. Assim, pode-se conceder ao particular a *prestação* do serviço público, mas sob um regime diferenciado. É nesse ponto que se deve situar a concessão de serviço público.

A concessão de serviço público não é um mero exercício do arbítrio estatal (como já o foi), mas “um meio para realização de valores constitucionais”¹¹². Hely Lopes Meirelles também reconhece que a concessão atribui ao particular a possibilidade de prestar o serviço público, não regulá-lo. Nas palavras do autor: “*concessão* é a delegação contratual da *execução do serviço*, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo”¹¹³.

Apesar de facultado ao Estado conceder a *prestação* de serviços públicos ao particular, não é útil tornar uma atividade de cunho tão essencial, como é o serviço público, monopólio do particular. Assim, utilizam-se meios para garantir a competição entre os particulares que realizam tais serviços na condição de concessionários. A finalidade disso é evitar o excesso de poder econômico nas mãos de apenas um particular, gerando arbitrariedades na prestação do serviço e maiores dificuldades para controle por parte do Estado e dos usuários. Há instrumentos para gerar tal competição, como: evitar que ocorra o chamado *subsídio cruzado*; *dissociar propriedade e exploração da rede* (evitando que o proprietário seja o mesmo que explora a rede, no caso de serviço público em rede), *compartilhamento da rede* (permitindo que várias empresas explorem as redes para geração de maiores benefícios aos usuários), *compartilhamento compulsório* (assegura-se a livre competição)¹¹⁴.

Consideraremos, pois não é o objetivo aqui aprofundar demais tais noções, para não nos afastar do tema visado, a concessão de serviço público como “um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da

¹¹¹ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 495.

¹¹² JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 500.

¹¹³ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 382.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*, p. 497.

sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos”¹¹⁵.

Deve-se ressaltar que não é todo o serviço público que é delegável por meio de concessão. Primeiro, deve ser um *serviço público econômico*¹¹⁶, ou seja, não se concede ao particular a possibilidade de exercer atividades estatais de cunho político, jurisdicional ou legislativo. Não é necessário, no entanto, que a atividade seja rentável economicamente. Porém, em caso de concessão de serviço público não rentável, o Estado oferece subsídios para que o concessionário tenha um retorno proporcional à atividade exercida¹¹⁷.

Há algumas questões que tornam complexo o regime jurídico da concessão de serviço público. Primeiramente, por ser *plurilateral* (uma relação entre o Estado, a sociedade e o concessionário), gera-se uma série de conseqüências jurídicas de acordo com a posição ocupada. Para não tornar a exposição muito longa, explicitando a característica de cada pólo dessa relação, deve-se ter em mente a complexidade, imaginando que cada parte tem direitos e deveres com relação às outras duas.

Tendo em vista que o fim da atuação dos sujeitos públicos é a realização de direitos fundamentais, ao permitir que um particular explore serviços públicos não se deixa ao particular a sua realização arbitrária. A fiscalização do Estado e da população (que é a principal afetada em razão de problemas na prestação dos serviços públicos) é de crucial importância. Tendo como objetivo a concretização dos direitos fundamentais e, em última análise a produção, reprodução e desenvolvimento da vida, tais noções servirão de norte e limitadores para eventuais excessos¹¹⁸. Com isso, deve-se pensar na concessão de serviço público como uma união de esforços com a finalidade de concretizar tais direitos de máxima importância para assegurar a dignidade da pessoa humana (fundamento do Estado brasileiro).

O sucesso ou o fracasso do particular não é de responsabilidade e interesse apenas dele. É necessária atuação e controle estatal em defesa da população, sendo que o usuário do serviço público, via de regra, é hipossuficiente frente o concessionário. O Estado é o principal sujeito capaz de controlar, fiscalizar e auxiliar (eventualmente) o

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 501.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 510.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, M. *Idem, ibidem*.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 505.

particular, sendo que a extinção da concessão é, inclusive, um meio para garantir para garantir que não haverá desvios por parte do concessionário.

O curso natural da concessão de serviço público é caminhar em direção à sua extinção. Na Lei nº 8987/95 estão os dispositivos que tratam da extinção da concessão de serviço público, mais especificamente em seu artigo 35. Esse dispositivo enuncia as seguintes formas de término da concessão: advento do termo contratual; encampação; caducidade; rescisão; anulação; e falência ou extinção da empresa concessionária.

Há algumas conseqüências do término da concessão que é comum a todas as formas de extinção. Primeiro, e imediatamente, a prestação do serviço volta ao poder concedente. Apesar de não poder apropriar-se dos bens não amortizados deve ocupar as instalações para que a prestação do serviço não seja interrompida. Ocorre, também, a reversão dos bens (retorno dos bens ao poder do Estado), que estarão previamente arrolados no contrato e no edital que geraram a concessão. Como essa reversão caracteriza uma forma de desapropriação, transferindo a propriedade compulsoriamente, o particular é indenizado previamente pelos bens ainda não amortizados. No caso de extinção por advento do termo, a amortização de todos os bens é presumida, da mesma forma que, no caso de extinção da concessão anterior ao termo, presumem-se que os bens não foram amortizados em sua totalidade. Ambas são presunções *iuris tantum*¹¹⁹.

No próprio contrato de concessão há seu termo, ou seja, a estipulação do momento em que a relação jurídica entre as partes será finalizada. Atingido o termo, a concessão é automaticamente extinta (sem a necessidade da realização de atos jurídicos para esse fim). Caso haja prática de algum ato jurídico nesse momento e para o fim em questão, terá natureza meramente declaratória¹²⁰. Além disso, como é uma das características do serviço público, em razão de extinção por advento do termo contratual, o Estado deve tomar todas as providências necessárias para proporcionar a continuidade da prestação do serviço¹²¹. Como o termo é, ao contrário da condição, evento futuro e certo¹²², o Estado deve estar preparado para esse momento, evitando o prejuízo do usuário que necessita a prestação do serviço público.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 568-573.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 573.

¹²¹ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, p. 574. Ver também: JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*, p. 537.

¹²² TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil*, p. 221.

Nem sempre ocorre essa forma ordinária de extinção da concessão, sendo possível o advento de algumas situações específicas que determinem o fim antecipado da relação jurídica e cada uma tem requisitos e efeitos jurídicos distintos. Será feita uma análise rápida dessas possibilidades. Os exemplos mais comuns são: *encampação* (ato unilateral dos Poderes Públicos que extingue a concessão com fundamento em “interesse público”); *caducidade* (extinção em razão de alguma falta do particular); *rescisão* (extinção do contrato em razão de falha do poder concedente); *anulação* (fim da concessão em razão de algum vício em sua constituição); *por falência e extinção da empresa concessionária*.

Outras causas de extinção da concessão de serviço público que podem ser citadas: *distrato* (ato bilateral, entre o poder concedente e o concessionário, pondo fim à concessão em razão de interesse público; em razão do acordo de vontades, pode-se evitar excessiva onerosidade para o Estado ao arcar com indenizações), *desaparecimento do objeto* (no caso de ser impossível a prestação do serviço público em razão de, por exemplo, destruição do objeto ou este deixar de ser alvo de serviço público; nesses casos não há direito a indenização ao particular) e *força maior* (extingue-se a concessão em razão de fato superveniente, imprevisível ou de difícil previsão, que torne impossível a prestação dos serviços da forma prestada anteriormente)¹²³.

Comparando com a concessão de serviço público, a permissão e autorização são, essencialmente iguais, sendo a principal diferença, entre as três formas de atribuir ao particular a execução de um serviço tido como essencial, o nível de formalidade existente entre elas. Do maior para o menor seria: concessão, permissão e autorização.

Apesar de diversas críticas existentes ao fato de se atribuir ao particular a execução de serviços que se prestam a concretizar direitos fundamentais, não há problemas em dividir a responsabilidade em tarefa tão importante. Quando isso se presta a um melhor desenvolvimento da vida, não há maiores questões, mas situações problemáticas surgem quando isso se presta a relegar à lógica do mercado a concretização de direitos fundamentais e conseqüente ausência do Estado. Assim, tradicionalmente se afirma o Estado como sujeito passivo dos direitos fundamentais¹²⁴, mas, quando se trata de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana é necessário o

¹²³ JUSTEN FILHO, M. *Teoria geral das concessões de serviço público*, pp. 616-617.

¹²⁴ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 177.

esforço conjunto de toda a coletividade. Isso faz com que a racionalidade que relega tudo ao Estado ou tudo ao particular seja combatida, em favor de uma solidariedade ética entre os dois pólos: do Estado, enquanto inexistente sem a vida humana (pressuposto lógico e ético); do particular, enquanto sujeito auto-responsável por sua vida e dos demais, inserido em uma coletividade, superando a racionalidade que impõe o desenvolvimento egoísta da própria vida.

Com base em tudo isso, não resta muita dúvida com relação ao fato de que diversas pessoas requerem graus diferentes do Estado para a concretização de seus direitos fundamentais. Para umas, os poderes públicos praticamente não precisam atuar, pois conseguem praticamente tudo o que precisam por outras vias; para outras a necessidade de prestação estatal é quase absoluta. E tal idéia comporta diversos níveis distintos: levando em conta situações distintas, por exemplo: alguém que tem plano de saúde privada, recorre à educação em escolas particular e tem moradia própria; aquele que tem moradia própria, mas com aquilo que recebe todo o mês, precisa recorrer aos hospitais públicos e escolas públicas; e o indivíduo que, na lógica da sociedade capitalista, não tem moradia, não consegue o suficiente para alimentação, etc.

Dessa forma, mesmo permitindo que o particular preste serviços que realizem os direitos fundamentais, o Estado não pode se furtar à sua tarefa, devendo sempre ter instrumentos para suprir o fundamental à existência da vida e o necessário ao desenvolvimento da dignidade humana daqueles que necessitam e não podem recorrer à esfera privada. Assim, ao citado critério de Gustavo Amaral, o qual leva em conta o elemento da essencialidade, faremos o acréscimo de mais um fator para complementá-lo. Além de levar em conta a *essencialidade*, devemos prestar atenção também no *grau de necessidade*. Considerando duas pessoas que, com base em um direito subjetivo originário de regra de direito fundamental, pleiteiam uma determinada prestação estatal com a finalidade de receber certo tratamento médico, sendo que uma não tem condições financeiras de cobrir o tratamento pela via privada, enquanto a outra tem, podemos chegar a uma conclusão hipotética do caso: para a primeira, pode haver a negativa, já que possui os meios para conseguir o tratamento sem o Estado; para a segunda, não se pode negar o provimento do pedido. Dessa forma, os poderes públicos sempre terão o dever de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade, mas por estarmos a tratar de recursos finitos, a negativa estatal para quem

tem outros meios de alcançar tais objetivos não o priva de sua concretização, sendo que o mesmo não ocorre para quem tem a necessidade da prestação pública do serviço.

A responsabilidade na aplicação de recursos e na gestão de políticas públicas é de suma importância para chegar aos resultados pretendidos. Porém, nem tudo fica submetido aos poderes públicos. Como foi exposto, o princípio vida dispõe que a produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta de cada sujeito inserido em uma comunidade é um dever ético seu e dos outros. O dever de manter a vida impõe uma tarefa auto-responsável e que se impõe também para a vida do outro¹²⁵. Isso faz com que exista um dever de solidariedade social, no sentido de romper com as buscas egoístas, muito fortes ainda hoje, pelas quais as pessoas buscam a todo o custo o desenvolvimento de suas preferências em detrimento de todas e quaisquer necessidades alheias. Assim sendo, o próprio Estado, que não existe por si só, mas é composto de pessoas que atuam em “seu” nome, tem a função de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito sem se furtar dessa necessidade. Da mesma forma, toda e cada integrante da sociedade é antes auto-responsável pela própria vida e depois, tem o dever ético de atuar em favor do outro, para evitar a destruição da própria comunidade.

Assim sendo, o Estado (junto com o particular que assume a tarefa de realizar um serviço público) tem o dever absoluto e irrenunciável de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito. As outras pessoas que não assumiram a responsabilidade de atuar em nome do Estado (seja como agente público ou como concessionário, permissionário ou detentor de uma autorização), têm o dever ético, ainda assim, de proporcionar a vida humana. Isso recupera a noção de função solidarista do Estado, segundo a qual existe um dever de solidariedade ética entre o Estado (incluindo o particular que assume algumas de suas funções) e a sociedade civil. Porém, o dever de ambos é essencialmente diferente: para o Estado, como a sua razão de ser e condição de possibilidade de sua continuidade é a existência da vida humana, a atuação estatal está sempre maximizada e voltada para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta, sempre buscando mais; o particular deve proporcionar a sua vida, primeiramente, de forma auto-responsável e, depois disso, recebe a responsabilidade de atuação em favor da vida do outro, o que é um mandado de otimização, sempre buscando o máximo de acordo com suas possibilidades concretas.

¹²⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 141.

6. – Conclusões gerais do capítulo.

As construções culturais podem ter um papel preponderante na forma de atuação do ser humano, havendo a possibilidade de impelir o desenvolvimento ou negação da vida. Considerando que a vida é pressuposto de toda e qualquer construção cultural, é requisito para a existência do mundo, deve ser conteúdo de uma ética material. Assim, uma postura ética de todos deve ter como fim último a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta de cada sujeito em comunidade.

Com base nisso, o Estado deve ter como finalidade primeira a capacidade de possibilitar a vida, enquanto fundamento ético e lógico de sua existência. O Direito possui diversos instrumentos culturais que podem auxiliar em tais construções, sendo um dos principais (senão o principal) exemplos os *direitos fundamentais*. Estes podem ter como fim último tanto a realização de *necessidades* (possibilitar a vida – mínimo vital) quanto de *preferências* (desenvolver a vida – mínimo existencial). Aquele momento deve ocorrer, por fundamentos lógicos e éticos, antes deste, sob pena de construir um instrumental capaz de desenvolver uma vida inexistente.

Para a concretização dos direitos fundamentais, de acordo com a atual estrutura social, pode haver atuação do Estado ou do particular que presta um serviço público. Ao lado disso, a partir de um dever de solidariedade coletivo, a sociedade civil tem o dever de atuar, também, em favor da vida humana concreta. Assim, diversas pessoas diferentes necessitam de graus distintos de atuação estatal para garantir a existência e desenvolvimento da vida. Considerando que a concretização de direitos fundamentais envolvem a aplicação de recursos, bem como o envolvimento em políticas públicas, há um limite fático que limita a atuação do Estado a um certo ponto. Para aquilo que, ordinariamente, possibilita a vida, sendo um elemento finito, não há que se falar em reserva do possível. Para o desenvolvimento da vida, por ser uma noção cultural em eterno desenvolvimento, em virtude de o processo pelo ser-mais ser interminável, é preciso levar em consideração o elemento da reserva do possível.

O critério para a aplicação da reserva do possível considera os elementos *essencialidade* e o *grau de necessidade* da pessoa para a prestação. Quanto maior forem esses elementos, maior deve ser a excepcionalidade que justificaria a recusa estatal. Isso envolve responsabilidade e compromisso ético dos agentes públicos que, cientes de sua

responsabilidade social, enquanto atuantes em nome do Estado, devem saber lidar com decisões de tamanha importância. A responsabilidade na gestão dos recursos públicos tem um papel preponderante ao lidar com a escassez. Enquanto luxos, altamente supérfluos, de diversas pessoas forem concretizados com tais recursos, impossibilita-se a negativa estatal em prover o necessário para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana com base em uma suposta reserva do possível.

Capítulo II – Crimes?

“Que outras coisas você faz, senão criar ladrões e depois puni-los?”¹²⁶.

1. – Crime, tipo e bem jurídico.

O Dec-Lei n. 3914/41 (também conhecido como Lei de Introdução ao Código Penal) tenta uma definição de crime em seu primeiro artigo: “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. Assim sendo, não há muito que discorrer sobre o tema, pois não haveria qualquer característica intrínseca ao crime. Este seria, simplesmente, aquele que a lei considera como crime. Seria um conceito que enfatiza o aspecto *formal*¹²⁷, ou seria o conceito jurídico-legal (segundo outra terminologia)¹²⁸.

Apesar da “definição legal” de crime, os manuais de Direito Penal, que servem de instrução para aqueles que são ou serão juristas, costumam dedicar boa parte de seu conteúdo ao tratamento do *crime*, enquanto noção que irá permear todas as outras idéias ali trabalhadas. Criticam a noção exposta na lei como “não científica e insuficiente”, partindo então para a busca de uma definição própria. Normalmente optam por um conceito analítico de crime, dividindo-o em diversas partes, que em tese seriam todos os componentes do objeto, para estudos separados. Os doutrinadores costumam oscilar entre

¹²⁶ MORE, Thomas. *Utopia*, p. 22, APUD: RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 22. Tradução livre de: “*what other things do you, than make thieves and then punish them?*”.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v.1, p. 189.

¹²⁸ DOTTE, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, p. 299.

uma noção bipartida ou tripartida do crime. Alguns conceituam como ação típica e ilícita (ou antijurídica)¹²⁹; outros como ação típica e censurável¹³⁰; mas a maioria permanece com a ação típica ilícita (ou antijurídica) e culpável (ou censurável)¹³¹.

Apesar das inúmeras divergências, utilizaremos a noção tripartida. Não pretendemos analisar todos os integrantes do crime, mas apenas um específico: o *tipo*. Mesmo com diversos posicionamentos, não se discute quanto à presença do tipo como integrante do crime. O tipo pode ser definido como “a descrição abstrata da ação proibida ou permitida”¹³². Aquela diz respeito ao tipo incriminador, esta tem relação com o tipo permissivo. Ficaremos com o primeiro, já que corresponde à definição legal de crime. Assim, o tipo tem uma função principal descritiva, sendo requisito a sua presença em lei¹³³. Destarte, “tipo penal é um instrumento *legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)*” (grifos no original)¹³⁴.

Costuma-se afirmar que o tipo é uma conquista da modernidade, pois seria garantido que a pessoa somente poderia ser incriminada penalmente com base em uma conduta prevista em lei anterior. Seria uma espécie de garantia contra arbitrariedades dos aplicadores da norma. No entanto, a descrição típica é meramente lingüística, são palavras cujos significados são construções culturais, mutáveis ao longo de tempo, pelas diversas culturas e submetidas a pré-compreensões individuais. Mesmo assim, muitos insistem na afirmação de que o tipo penal é fechado, como se apenas uma interpretação possível fosse dali extraída por toda e qualquer pessoa. Porém, diante do problema que é uma afirmação desse nível, tentam flexibilizá-la com a noção de tipos penais abertos. Nestes, é necessário que o aplicador da norma (em geral o magistrado) recorra a elementos externos para poder completá-la, tornando-a, então, “fechada”. Tais tipos que

¹²⁹ DOTTI, R. A. *Curso de Direito Penal*, p. 301. Segundo o autor, que reconhece ser a posição majoritária a favor do conceito tripartido, “o delito se aperfeiçoa com a ação típica e ilícita e que a culpabilidade, como juízo de reprovação *post factum*, é um pressuposto da pena”.

¹³⁰ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*, p. 80.

¹³¹ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*, p. 75. BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v.1., p. 190. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v.1., p. 337. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 82.

¹³² TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 84.

¹³³ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v.1., p. 245.

¹³⁴ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v.1., p. 381.

necessitam uma complementação externa são os *tipos fechados*¹³⁵. Porém, conforme sustentamos, sendo os tipos expressos lingüisticamente, são todos, e sem exceção, abertos e sem um sentido imanente e independente do ser humano. Para ter a mínima comprovação do que se sustenta, pode-se observar quaisquer regras da Parte Especial do Código Penal, mas ficaremos com os exemplos mais simples: art. 233¹³⁶ (o que seria um “ato obsceno”? Ter relações sexuais perto da janela da própria casa, quando é possível que pedestres vejam é local “exposto ao público”?); art. 229¹³⁷ (um Motel não é um “lugar destinado a encontros para fim libidinoso”?); art. 129¹³⁸ (um professor universitário que gere uma sobrecarga de estresse nos estudantes, causando depressões e queda no sistema imunológico “ofende a saúde de outrem”?). É um exercício no mínimo interessante, sendo que questionamentos assim surgirão na esmagadora maioria dos dispositivos do Código.

Para tentar superar esses espaços, os autores costumam criar inúmeras teorias. *Princípio da insignificância*¹³⁹ (quando o dano não for muito elevado ou para “crimes de bagatela”), *teoria da adequação social*¹⁴⁰ (para explicar que determinadas condutas, mesmo que reunindo aos “elementos” do tipo, são socialmente adequadas e, portanto, atípicas) e o *consentimento do ofendido* como causa de exclusão de ilicitude (para, por exemplo, tentar mostrar que um cabeleireiro que corte o cabelo de uma pessoa a seu pedido ou que pessoas que têm estúdio de tatuagem e *piercings* não cometem lesão corporal)¹⁴¹ são alguns exemplos. É, na verdade, a constituição de um círculo vicioso, pois, sendo a linguagem um elemento aberto e historicamente condicionado, as teorias que tentam fechar os tipos, por serem criações também culturais, jamais atingirão tal objetivo. Os tipos serão sempre abertos, mas isso não impede o trabalho sobre eles para tentar uma maior precisão, para superar negatividades, etc. O que queremos apontar é a incapacidade da linguagem de se fechar em si mesma, elemento necessário para que nos mantenhamos críticos e sempre vigilantes às práticas negadoras da vida, impelidas por uma ou outra interpretação.

¹³⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v.1., p. 384.

¹³⁶ “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”.

¹³⁷ “Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

¹³⁸ “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”.

¹³⁹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v.1., p. 269.

¹⁴⁰ SANTOS, J. C. *Direito Penal*, p. 107.

¹⁴¹ TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*, pp. 214-215.

Sabendo que o tipo é uma construção condicionada, normalmente é criado com alguma finalidade. Quase sempre, para elucidar tal tema, ocorrem remissões à noção de *bem jurídico* tutelado. Sendo o Direito Penal o campo do Direito que lida com a sanção mais severa de todas (a pena)¹⁴² e, assim sendo, somente pode ser aplicada às condutas humanas mais graves. Bitencourt define *bem jurídico* “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”¹⁴³. Assim, para proteger valores da vida humana com a sanção mais severa do ordenamento, os tipos penais são criados somente para resguardar os bens jurídicos mais relevantes. A doutrina não costuma ter muitas dúvidas no papel do Direito Penal na tutela de tais bens. Alguns afirmam que “a tarefa imediata do direito penal é (...) de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico”¹⁴⁴. Outros, sem destoar muito, asseveram que o Direito Penal “é *valorativo*. Estabelece a sua própria escala de valores, que varia de acordo com o fato que lhe dá conteúdo. Nesse sentido, o Direito Penal valoriza suas próprias normas, que dispõe em escala hierárquica. O Direito Penal tem igualmente caráter *finalista*, na medida em que visa a proteção dos bens jurídicos fundamentais, como garantia de sobrevivência da ordem jurídica. E, finalmente, o Direito Penal é *sancionador*, uma vez que protege a ordem jurídica cominando sanções” (grifos no original)¹⁴⁵.

Assim, imaginemos alguns “bens jurídicos” tutelados pelo Direito Penal: honra, patrimônio, vida. Se alguém tem uma ofensa à sua honra, sente-se mal e o próprio desenvolvimento de sua vida fica prejudicado, mas é possível manter sua vida e seu patrimônio. Com elementos patrimoniais podemos fazer o raciocínio da mesma forma (em face de uma ofensa ao patrimônio, podemos continuar vivos e manter a honra). Porém, o mesmo não se passa com a vida. Se alguém age de tal forma a terminar com a vida de outra pessoa, todos os outros bens jurídicos deixam de ter qualquer sentido: não adianta patrimônio, honra, etc., se não há vida. Esta é, conforme vimos, anterior a qualquer outro bem jurídico.

Uma conclusão não muito difícil de se chegar. O mais óbvio a que se chega é: se a vida é tão fundamental, não só é um bem jurídico tutelado penal Direito Penal, como é

¹⁴² SANTOS, J. C. *Direito Penal*, p. 4.

¹⁴³ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. v. 1., p. 250.

¹⁴⁴ TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de direito penal*, pp. 13-14.

¹⁴⁵ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1, p. 5.

o mais fortemente protegido. Poderíamos, para verificar se isso procede, avaliar as condutas tipificadas no Código Penal e as respectivas penas cominadas. O homicídio, previsto no art. 121 do CP, é sancionado com pena de reclusão de seis a vinte anos, sendo que a sua forma qualificada tem pena de reclusão de doze a trinta anos. De fato, são sanções bastante severas, mas isoladamente não temos muito com o que trabalhar. De forma comparativa, alguns problemas vão surgindo. Streck salienta alguns exemplos¹⁴⁶: o furto é punido com um a quatro anos de reclusão, mas a lesão corporal tem a cominação penal em três meses a um ano; no exemplo do art. 157, II, do CP (roubo qualificado com o concurso de pessoas) há uma pena bastante semelhante àquela do homicídio doloso¹⁴⁷. Da mesma forma, a lesão corporal seguida de morte é apenada com reclusão de quatro a doze anos (art. 129, § 3º, do CP), aplicado se o agente “não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo” (caso contrário seria conduta enquadrada no art. 121 do CP - homicídio); mas o emprego de violência na prática de um roubo que cause a morte da vítima (art. 157, § 3º, do CP), mesmo que não desejado ou sendo um risco não assumido pelo agente, tem a pena de reclusão de vinte a trinta anos (a cominação mais severa do Código). O latrocínio, que seria um “crime contra o patrimônio”, por exemplo, não é crime julgado pelo Tribunal do Júri, pois não seria crime doloso contra a vida. Ou seja, a pessoa que dolosamente mata para pegar para si ou para outrem coisa alheia móvel não cometeria crime doloso contra a vida.

Há ainda um caso bastante curioso com o qual nos deparamos após uma leitura mais atenta do Código Penal: na extorsão mediante seqüestro, quando este dura mais de um dia (art. 159, § 1º, do CP), a pena é de reclusão de doze a vinte anos (a pena mínima é duas vezes maior do que a do homicídio doloso). Seria bastante válido o argumento de que a conduta que retira a liberdade da pessoa é grave. Porém, o seqüestro (art. 149 do CP) é punido com reclusão de um a três anos. Em razão do tempo, a pena só é agravada quando a privação de liberdade é *superior a quinze dias* (art. 148, § 1º, inc. III, do CP), mesmo assim para reclusão de dois a cinco anos. Em outras palavras: se alguém seqüestra uma pessoa e a mantém em cárcere privado durante quatorze dias, é punida

¹⁴⁶ STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*, pp. 54-55 (nota de rodapé 70).

¹⁴⁷ Exemplo: uma pessoa surpreendida durante a noite por duas outras que ameaçam agressões físicas e levam um relógio daquele ameaçado. Os que cometeram o roubo podem ser apenados com reclusão de cinco anos e seis meses a quinze anos. Quem dolosamente mata outro é punido com reclusão de seis a vinte anos. O mesmo citado concurso de pessoas no roubo (em que há grave ameaça ou violência contra a pessoa) aumenta a pena de um terço à metade, enquanto no furto (em que não há ameaça à pessoa) a pena dobra (sobre este último exemplo, ver STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*, pp. 64-69).

com, no máximo, uma pena de cinco anos; quem seqüestra uma pessoa, com a finalidade de obter alguma vantagem patrimonial, e mantém o cárcere privado por um dia, mesmo que não receba o que desejava, terá, no mínimo, uma pena de reclusão de doze anos¹⁴⁸. Basta envolver o patrimônio (privado) que as punições penais disparam absurdamente.

Começa-se a perceber falhas no discurso doutrinário. Porém, não é apenas a conduta tipificada e a respectiva sanção que aparecem como problemáticas. A própria organização do Código parece equivocada. O seqüestro é um crime contra a liberdade individual, mas a extorsão mediante seqüestro é um crime contra o patrimônio. Se a liberdade individual é mais importante do que o patrimônio, por que o último tipo citado não é uma forma agravada do seqüestro, mas um tipo pior de extorsão? O homicídio é um crime contra a vida (no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa”), mas o latrocínio (roubo com emprego de violência que gera a morte do sujeito passivo) é uma forma qualificada do roubo. Se a vida é o mais importante, enquanto pressuposto do mundo, por que o latrocínio não é uma forma mais grave de homicídio? São dúvidas que assolam um número cada vez maior de juristas. Lenio Streck, por exemplo, afirma que “não é gratuito o fato de, por exemplo, o crime de estupro estar no título dos crimes contra os costumes, e não no título dos crimes contra a pessoa, assim como o latrocínio estar classificado como um delito contra o patrimônio e não contra a vida”¹⁴⁹.

Normalmente quem busca a criação de determinada norma quer simplesmente impor o seu senso daquilo que é correto sobre os outros¹⁵⁰. Temos uma imensa pluralidade de pensamentos e racionalidades espalhada por diversas comunidades em todo o país. Porém, os responsáveis pelo processo legislativo costumam tender a uma uniformidade, um “senso comum teórico”¹⁵¹. É essa racionalidade que será projetada para os diversos instrumentos normativos emitidos por tais pessoas. O legislador não é abstrato, mas um grupo de pessoas concretas¹⁵², portanto, não é neutro e não corresponde a toda a pluralidade existente no país, pois não é composto de seres oniscientes e representa, na maioria das vezes, uma parcela específica de interesses. Se pessoas

¹⁴⁸ Isso em razão do entendimento do STJ, com a Súmula 231, que não permite fixação da pena abaixo do mínimo legal.

¹⁴⁹ STRECK, L. L. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 55.

¹⁵⁰ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 148.

¹⁵¹ WARAT, Luis Alberto. *Saber Crítico e senso comum teórico dos juristas*, in **Epistemologia e ensino do Direito**, vol. 1, pp. 28-29.

¹⁵² STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 88.

concretas são responsáveis pelo processo legislativo e considerando que o nosso Código Penal é de 1940, parece interessante observar um pouco do contexto nacional à época.

Internacionalmente, após o fim da Segunda Guerra (1914-1918), houve um forte crescimento de movimentos que criticavam os ideais burgueses do século XVIII, principalmente o liberalismo e a democracia. Eram movimentos tanto da direita (fascismo e nazismo), ou seja, atuações ultranacionalistas, ditatoriais e de caráter bélico com o intuito de tentar solucionar os problemas do capitalismo sem o destruir; quanto da esquerda (marxismo), com atuação tendente a abolir o sistema capitalista, pregando o fim da propriedade privada, tomada da consciência de classe pelo proletariado, etc. A disputa entre os movimentos de direita e esquerda na Europa refletiu na criação de dois partidos no Brasil: a Ação Integralista Brasileira (de tendências fascistas) e a Aliança Nacional Libertadora (de atuação esquerdista). A AIB tinha bases no movimento integralista. Este era de caráter ultranacionalista, pregando o governo ditatorial e a existência de um partido único. Eles tinham o apoio da oligarquia tradicional, da alta hierarquia militar, do alto clero, ou seja, dos setores mais conservadores da sociedade. A AIB mantinha forte campanha contra os comunistas e, entre 1932 e 1935, criou grupos paramilitares (nos moldes italianos) para a repressão de movimentos esquerdistas¹⁵³.

A ANL, nos moldes da Terceira Internacional, tinha como objetivo o combate aos movimentos fascistas. O PCB (Partido Comunista do Brasil), fundado em 1920, aderiu ao movimento. A ANL cresceu de forma tal a ponto de preocupar os integrantes das camadas dirigentes. O próprio Getúlio Vargas (que estava no poder desde 1930), para fortalecer-se, usou a ANL. Porém, em 1935, decretou a intervenção policial na sede da ANL e mandou prender seus líderes. O movimento passou à clandestinidade. Em razão da repressão policial, revoltas eclodiram, por influência do PCB, em vários locais: Rio Grande do Norte, Recife, Olinda e Rio de Janeiro. Todas as tentativas foram reprimidas com violência¹⁵⁴.

Nesse momento histórico, uma forte política anti-comunista estava sendo imposta. Começam as preparações que culminariam no golpe de Estado. Inicialmente, Vargas decreta o estado de sítio em novembro de 1937. Para evitar o golpe, o Congresso nega a renovação do estado de sítio. Porém, com o “Plano Cohen” (plano que pretendia o

¹⁵³ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, pp. 783-784.

¹⁵⁴ FAORO, R. *Idem*, pp. 787-789.

assassinato, por comunistas, de figuras importantes da época, “descoberto” por agentes do governo), Vargas pede a declaração do estado de guerra e o Congresso aprova. Dado o contexto, em 10 de novembro de 1937, o presidente decreta a dissolução do Congresso Nacional e anuncia a nova Constituição (que dentre outras coisas, acabava com os partidos políticos). Começava o chamado “Estado Novo”¹⁵⁵. A Constituição de 1937 expandia consideravelmente as prerrogativas do chefe do Poder Executivo. Além disso, permitia a censura nos meios de comunicação e instituía a pena de morte.

Em 1939 tem início a Segunda Guerra “Mundial”. Apesar da possibilidade de fortes investimentos no setor industrial (o que ocorreu), ainda foi mantida a política de produção agrícola. Criou-se um certo impasse, pois a burguesia pressionava o governo para ter uma maior participação na economia nacional (o que implicava uma perda da atuação estatal)¹⁵⁶.

No período da guerra o Brasil não assumia uma posição clara. Os atuantes no governo possuíam alguns posições em favor das políticas fascistas dos países integrantes do Eixo e outros se colocavam contra. Essa dúvida de posicionamento manteve-se durante o período de 1940 e apenas em 1941, por acordos entre o Brasil e dos EUA, que a posição foi ficando cada vez mais definida. Inclusive, com o resultado desses acordos com empresas norte-americanas, foi criada a Companhia Siderúrgica Nacional e a Companhia Vale do Rio Doce¹⁵⁷. Conforme ressalta Faoro, “o perfil autoritário do sistema, que dispensa a participação popular, não logra dominar a sociedade, situando-se mais como árbitro de dissídios do que como diretor de opinião. Por isso não conseguiu oficializar nenhuma ideologia, disfarçando-se o poder sob a ditadura pessoal”¹⁵⁸.

É em meio a tudo isso que, em 7 de dezembro de 1940, é publicado o Decreto-Lei 2.848/40. É promulgado usando dos poderes conferidos ao Presidente pelo art. 180 da Constituição de 1937¹⁵⁹. Em 1969 foi criado mais um Código Penal que, após sucessivas expansões do período de *vacatio legis*, foi revogado sem entrar em vigor, continuando em vigência o Código de 1940. No entanto, em 1984, foi editada uma nova

¹⁵⁵ FAORO, R. *Idem*, pp. 790-791.

¹⁵⁶ Tanto que a dita “redemocratização” foi, na verdade, uma busca por espaço de atuação da burguesia e não uma crítica direta ao regime ditatorial.

¹⁵⁷ FAORO, R. *Idem*, p. 811.

¹⁵⁸ FAORO, R. *Idem*, p. 792.

¹⁵⁹ O artigo 180 da Constituição de 1937 tinha a seguinte redação: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Percebe-se, então, que não houve um processo legislativo para a promulgação do Código Penal, cuja Parte Especial vige até hoje.

Parte Geral (Lei 7.209/84) que substituiu a antiga. Porém, a Parte Especial, ou seja, onde estão tipificadas as condutas (base para as condutas puníveis penalmente, bem como onde estão cominadas as penas), vigente ainda é a de 1940. Com base nisso, percebe-se que a grande parte das condutas tipificadas é resultado de um Decreto-Lei promulgado por um presidente numa época de regime autoritário no Brasil. Além disso, a Parte Especial do Código Penal (à época de sua promulgação) buscou fundamento de validade na Constituição vigente, ou seja, em uma Constituição outorgada para a manutenção de um regime ditatorial. É a mesma Constituição que ao artigo 13 permite a pena de morte, para um série de casos arrolados em suas alíneas. Quase todas expõem casos de atentado contra o Estado, mas muito díspare das demais é a alínea *f* do citado artigo¹⁶⁰.

O Código Penal, então, tem o rol de crimes fundado em uma época de diversas nuances políticas, com viés altamente conservador; sua organização e as penas cominadas parecem ser altamente destoantes daquilo que assevera a doutrina. Assim, faz-se necessário partir para um instrumental que possa ser capaz de explicar as razões desses diversos problemas já nos fundamentos do próprio Direito Penal, ou seja, começaremos a avaliar os problemas desse ramo do Direito a partir da Criminologia. Esta possui um amplo aparato teórico, o qual vem ganhando força na Academia, mas ainda é ignorada por muitos penalistas.

2. – O paradigma etiológico e a sua superação.

Curiosos com o fenômeno do crime, diversos teóricos do século XVIII foram impelidos a estudar tal “objeto”. Não tinham dúvida quanto ao fato de que os crimes ocorriam, mas não conseguiam saber exatamente o “porquê”.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, podemos apontar diversas posições do chamado paradigma etiológico. Uma delas tinha o caráter eminentemente espiritual. Em função da força e do papel da religião cristã na Europa medieval, a causa do crime era apontada em uma falha do espírito individual. Assim, para evitar os problemas da chamada vingança privada (a qual poderia gerar conflitos sangrentos entre famílias que durassem anos), alguns senhores de começaram a aplicar os juízos de Deus, o que não

¹⁶⁰ O artigo 13 da Constituição de 1937 tem a seguinte redação: “não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:”. Na alínea *f*: “o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”.

contradizia a racionalidade da época. Inicialmente, com o julgamento pela batalha, a pessoa suspeita lutava com um membro da família da vítima, sendo que se fosse inocente, alguma entidade divina não deixaria que perdesse o embate. Como se percebe, alguém que tivesse habilidades extraordinárias poderia cometer diversos crimes sem ser condenado. Outras formas desses juízos divinos foram criadas, sempre deixando o julgamento para alguma entidade divina. A própria prisão moderna ainda foi criada com algumas influências dessa racionalidade, por exemplo, no sistema da Filadélfia o preso era isolado apenas com uma bíblia para ler e um trabalho improdutivo para se ocupar¹⁶¹.

Enquanto a explicação espiritual para o crime buscava fundamentos em elementos metafísicos, o naturalismo usava manifestações do mundo material. Por influência das filosofias grega e hebraica, os romanos justificavam a existência de uma “natureza das coisas”. Assim sendo, alguns filósofos modernos (como Hobbes, Spinoza, Descartes e Leibniz) adaptaram tais noções à sua época, enfatizando esse elemento naturalista do crime, observando as manifestações concretas no mundo físico¹⁶².

Tais idéias influenciaram as chamadas teorias científicas do crime. Estas são uma forma de explicação naturalizada do crime, as quais buscam fundamento em diversos fatores observáveis para oferecer a causa do crime. A causalidade é algo diretamente usado nessas teorias científicas. A causalidade nas teorias científicas expressa quatro elementos: *correlação*, *razoabilidade teórica*, *encadeamento temporal* e *a ausência de fatores espúrios*¹⁶³. A *correlação* liga dois elementos que se influenciam de forma proporcional (tanto diretamente quanto inversamente). Apesar de não ser algo isento de contingências, normalmente a altura de uma pessoa tem ligação com seu peso (uma pessoa mais alta tende a pesar mais, o que não significa que uma pessoa de terminada altura pese mais do que todos os outros que são mais baixos que ela). A *razoabilidade teórica* busca uma explicação coerente para fazer a ligação de correlação entre dois elementos. Porém, utilizando apenas os dois primeiros fatores, nem sempre é possível saber qual o elemento anterior¹⁶⁴. Para tal, utiliza-se o elemento do

¹⁶¹ VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*, pp. 2-3.

¹⁶² VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 4.

¹⁶³ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, pp. 4-8.

¹⁶⁴ Conforme os citados autores, podemos pensar na relação entre uma educação severa e a delinquência. Alguns podem afirmar que o primeiro fator difundiria o ódio e a violência, gerando comportamentos delitivos nas crianças. Tal seria uma explicação “razoável” para tentar colocar esses dois fatores em uma correlação. Porém, é possível imaginar que pais, que não utilizavam uma educação severa e violenta, comecem a aplicar maior severidade após um comportamento delitivo feito pelo filho. Assim, muitas vezes

encadeamento temporal, o qual é usado para identificar qual a causa (anterior) e qual o efeito (posterior). A *ausência de fatores espúrios* é usada para verticalizar e eliminar aqueles fatores que induzem a conclusões equivocadas, por exemplo: se for feita a comparação entre a educação em famílias de baixa renda e a delinquência, pode-se chegar à conclusão de que este último fator não tem ligação com a forma de se educar os filhos, mas com a renda familiar; mas, se estudos que comparam diversas famílias de baixa renda concluírem que naquelas em que a educação é menos severa a delinquência também é menor, é possível eliminar os fatores espúrios e fazer a ligação de causalidade. De qualquer forma, as asserções de causalidade são sempre ligadas a probabilidade e não a uma relação isenta de contingências¹⁶⁵.

Dois correntes mais citadas nessa forma científica de estudar a criminalidade são a criminologia clássica e a positivista. Os autores inseridos na primeira não se denominavam enquanto clássicos. De fato, os criminólogos positivistas usaram a expressão “clássicos” de forma pejorativa para denominar todos aqueles que estudaram o fenômeno do crime antes deles. Os autores costumam dividir essa fase em duas correntes com fundamentos distintos: uma de influência jusnaturalista e outra contratualista. A primeira expunha uma espécie de direito universal, imutável e eterno, o que justificava direitos superiores ao monarca absoluto (buscando a limitação de seus poderes). O contratualismo fundamentava a formação social em uma espécie de consenso prévio, firmado em um contrato tácito, sendo que o crime era uma violação irracional ao consenso original¹⁶⁶. Ambas as noções (jusnaturalismo e contratualismo) são altamente complexas e a redução aqui feita peca por não poder ser melhor desenvolvida, sob pena de nos levar a divagações além do desejado. O importante é salientar que as posturas filosóficas da época também influenciaram as justificativas penais e a forma de observar o fenômeno do crime.

O início do período clássico é apontado por alguns nas reivindicações feitas por Beccaria. Afirmam uma espécie de clamor por “humanização” do sistema penal¹⁶⁷. Porém, o citado autor não foi o primeiro a tratar da questão, pois era algo discutido dentro de um grupo, composto por Cesare Beccaria, Pietro Verri, seu irmão Alessandro

não se sabe o fator anterior (se a educação severa ou o comportamento delitivo). Cf. VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Theoretical Criminology*, pp. 6-7.

¹⁶⁵ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 7.

¹⁶⁶ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v.1, pp. 53-55.

¹⁶⁷ BITENCOURT, C. R. *Idem*, v.1, p. 52.

Verri e outros, todos componentes da chamada *Accademia dei Pugni*, com uma publicação periódica denominada *Il Caffè*¹⁶⁸. Nesses trabalhos, os membros do grupo trabalhavam as questões da época, denunciando como contrária à razão humana as punições arbitrárias, a tortura, os suplícios e as penas de morte. O que mais assustava, no entanto, era a arbitrariedade (o que contradizia os clamores pela “certeza” moderna) na persecução criminal, sendo antes uma defesa da classe burguesa em ascensão. Apesar de possuírem ainda hoje a pecha de humanizadoras, as propostas de Beccaria nunca propuseram a piedade ou humanização das punições. Pelo contrário, o cárcere era, afirmadamente, algo mais cruel do que a pena de morte, pois supliciava o indivíduo antes (com a ameaça de punição), durante (com a privação de liberdade) e depois da pena (com o medo de voltar aos horrores que passou durante o cumprimento da pena)¹⁶⁹.

Nesse período de estudos penais, afirmava-se o livre-arbítrio em sua forma mais absoluta como característica intrinsecamente humana. Assim sendo, a pessoa (e apenas ela) tem a capacidade de escolher entre a prática delituosa ou não. Na Itália, Francesco Carrara, um dos autores do período em análise, veio a afirmar alguns princípios norteadores da Escola Clássica: o crime enquanto ente jurídico (o crime só existe enquanto violação do Direito); a punibilidade fundada no livre-arbítrio (somente é possível punir uma pessoa enquanto estiver no exercício de sua liberdade, fundada no livre-arbítrio); pena enquanto meio para tutelar o ordenamento jurídico e retribuir equivalente da culpa moral (sendo o crime uma violação do Direito, este atua para restaurar a ordem por meio da retribuição ao indivíduo); o princípio da reserva legal (elemento de certeza, sendo que só há crime quando assim for definido em lei)¹⁷⁰.

Diversos outros autores estão inseridos nesse período e dividem diversos elementos em comum, bem como possuem suas peculiaridades. Porém, um tratamento excessivo do tema poderia nos levar além do desejado com tal exposição. Sendo a Escola Clássica essencialmente um produto do “iluminismo”, a razão humana tinha um papel

¹⁶⁸ Cf. o prefácio de Dalmo de Abreu Dallari à edição da Martins Fontes de VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, pp. XIV-XVI.

¹⁶⁹ Conforme o autor, “o espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderoso para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a liberdade, tornando até certo ponto uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade. Essa íntima reflexão do espectador: ‘se eu praticasse um delito, estaria toda a minha existência condenada a essa miserável condição’ -, essa idéia terrível assombraria mais vivamente os espíritos do que o temor da morte, que se entrevê apenas um momento numa obscura distância que diminui o seu horror”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 53.

¹⁷⁰ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v.1, p. 56.

essencial e, com as discussões em torno do livre-arbítrio, a culpa pela prática criminosa era do indivíduo e apenas dele. Os autores da Escola Positiva, no entanto, criticando os autores anteriores, combatiam tais noções. Colocavam em xeque a questão da liberdade de escolha do indivíduo e apontavam causas que necessariamente fariam com que a pessoa cometesse crimes. Tais causas eram buscadas não em formulações abstratas e universais, mas nas regras da experiência¹⁷¹.

Sustentava-se uma verdadeira hierarquia entre os seres humanos. Alguns superiores estavam destinados a dominar, outros era dotados de certa degeneração, o que os tornava perigosos e, logo, alvo de necessário controle. “O ‘crime’ era a manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais ‘sanções’, pois sua ‘superioridade genética’ ou ‘biológica’ o preservava”¹⁷². Isso justificava a aplicação indiscriminada de sanções penais sobre os grupos já marginalizados. Dois autores dessa época que podem ser citados: Lombroso e Ferri. O primeiro procedeu a estudos antropológicos nos corpos de alguns criminosos da época e, ao encontrar determinadas características, para o autor, representantes de um tipo de involução humana, afirmava que a criminalidade era devida a um desenvolvimento embrionário mal feito. Aos poucos, Lombroso foi cedendo a algumas das críticas de Ferri, atenuando o caráter biológico da delinqüência e voltando os olhos para a sociedade. Não se têm muitas dúvidas, hoje, de que tais “má formações” encontradas por Lombroso em alguns criminosos eram resultado de diversas privações (alimentares e outras) sofridas pelas pessoas¹⁷³.

Enrico Ferri sustentava que determinadas pessoas estavam determinadas a práticas criminosas, mas, como vivem em sociedade, esta é determinada a se defender. Assim, por viver em sociedade, debilitada ou não, a pessoa era responsável. Não se tratava da culpa, mas da periculosidade (como possibilidade de que uma pessoa venha a delinqüir)¹⁷⁴.

A criminologia etiológica costuma eleger um determinado elemento para que seja apontado como causa determinante do comportamento delitivo. Sejam eles fatores

¹⁷¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v.1., p. 254.

¹⁷² ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Idem*, p. 255.

¹⁷³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Idem*, pp. 256-257.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Idem*, p. 257.

biológicos, psicológicos, sociais (principalmente econômico), todos têm diversos problemas que não são resolvidos ao serem absolutizados. Questões biológicas (hormonais ou neurológicas, por exemplo) podem influenciar certos comportamentos, mas não determiná-los¹⁷⁵; elementos de ordem psicológica (como o dito “quociente de inteligência”) são relacionados, não raro, com uma instituição social, a qual não se observa, culpando o indivíduo e não a escola – por exemplo – pela falha que se observa¹⁷⁶; as condições econômicas, por sua vez, refletem que a desigualdade cria determinadas cidades pobres encravadas na cidade formal, gerando subclasses (*underclasses*) e acirrando os conflitos entre grupos divergentes (o que faz com que as técnicas de controle social sejam usadas com maior ênfase)¹⁷⁷. Todos esses elementos são, na verdade, parte de um emaranhado de fatores, os quais se inter-relacionam de forma bastante complexa. Por exemplo, determinados fatores individuais podem fazer com que uma pessoa seja mais ou menos violenta nas relações intersubjetivas, mas, ao mesmo tempo, fatores ideológicos podem fazer com que a atenção social esteja voltada para determinados setores, esquecendo as condutas de outras.

É possível perceber que a principal característica desse paradigma é supor “uma noção ontológica da criminalidade, entendida como uma premissa preconstituída às definições e, portanto, também à reação social, institucional ou não institucional, que põe em marcha essas definições”¹⁷⁸. Segundo tal forma de pesquisar a criminalidade, buscase uma causa prévia que impulsionaria a conduta criminosa. Esse elemento pressuposto, “premissa preconstituída às definições”, é apontado em diversos níveis e fatores, conforme vimos, mas, ainda assim, o crime seria por ele impelido.

Insatisfeitos com o que vinha sendo desenvolvido no âmbito da criminologia, Georg Rusche, seguindo a orientação marxista, traça um novo plano para estudar o fenômeno do crime. Apesar de o trabalho ter sido esboçado em alemão, com a fuga de diversos acadêmicos alemães para os EUA no período da Segunda Guerra, foi necessário divulgar os trabalhos que estavam sendo feitos pelo Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt. Otto Kirchheimer, Edwin Sutherland e Thorsten Sellin foram alguns dos criminólogos da época que trabalharam na tradução e adaptação do trabalho

¹⁷⁵ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Theoretical Criminology*, p. 53.

¹⁷⁶ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 82.

¹⁷⁷ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, pp. 98-99.

¹⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 209.

de Rusche, já que este “não estava disponível” (leia-se: estava em outro país, muito provavelmente na Alemanha, em função de diversos problemas que não cabem aqui ser detalhados). Feita a tradução, edição e diversas adaptações por Kirchheimer, o qual adicionou alguns capítulos no final da obra, esta foi publicada sob o título de *Punição e Estrutura Social (Punishment and Social Structure)*¹⁷⁹.

A obra inova não ao tratar do fenômeno do crime em si, mas ao demonstrar a relação que existe entre o nível de punições aplicadas e a conjectura social na mesma época. Explica-se como há uma flutuação na taxa de crime de acordo com eventos históricos¹⁸⁰, sendo que quando determinada sociedade tem um desenvolvimento econômico mais vantajoso, o número de punições cai, enquanto em momentos de crise (como no período da Primeira Guerra e após a crise de 1929) a quantidade de sanções penais aplicadas sobe consideravelmente. Assim, os autores vão além do que estava sendo desenvolvido até então, ao mostrar a forte relação entre a criminalidade e a condição econômica da sociedade¹⁸¹. Tudo isso é exposto de forma bastante clara e com diversas análises de dados estatísticos.

O uso de quadros estatísticos para o exame da criminalidade em dada sociedade é um meio com bastante peso retórico no discurso científico. E, com base neles, diversas conclusões foram sustentadas, principalmente durante o paradigma etiológico. Porém, Edwin Sutherland fez uma crítica forte a tal prática, mostrando que há um grande problema no uso de tais dados. A forma de estudar a criminalidade, então, gerou uma forma patológica de conceber o crime, seja de ordem pessoal (uma falha individual impeliria ao cometimento de atos criminosos) ou social (problemas na sociedade fariam com que pessoas tivessem atuações delituosas)¹⁸². Diante de tais problemas, Sutherland sustenta a tese de que as classes econômicas mais elevadas também cometem crimes, mas que estes são essencialmente diferentes¹⁸³. Com esses fundamentos é criada a noção de *crime do colarinho branco*, assim inicialmente definida: “o crime cometido por uma pessoa, de respeitabilidade e de alto nível social, no exercício de sua profissão”¹⁸⁴. A

¹⁷⁹ Para maiores referências sobre a questão histórica na publicação do citado livro, cf. a introdução feita por Dario Melossi à edição da editora Transaction, publicada inicialmente em 2003.

¹⁸⁰ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 160.

¹⁸¹ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 164.

¹⁸² SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, p. 5.

¹⁸³ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 7.

¹⁸⁴ SUTHERLAND, E. H. *Idem, ibidem*. Note-se que Sutherland considera crime não só a conduta tipificada em lei e para a qual é cominada uma pena. O autor argumenta que, mesmo não tipificados, os

análise é feita com base em diversos dados processuais coletados, os quais continham condenações a diversas grandes empresas da época (muitas das quais existem ainda hoje e forma grandes complexos transnacionais, seja no ramo de bebidas, cinema, indústria automobilística, etc.). Apesar de ser uma forma de construção de dados estatísticos, o próprio autor faz a ressalva de que mesmo não existindo condenação judicial a diversas empresas, não significa que elas não tenham cometido muitas das violações ali analisadas¹⁸⁵.

Tais crimes não costumam aparecer nos dados estatísticos carcerários e, portanto, são ignorados em muitos estudos. Porém, apesar de não serem crimes aos quais se dá muita atenção, são cometidos e têm diversas características próprias. Primeiro, há a dúvida quanto ao próprio fato de serem condutas criminosas. Apenas é crime aquela conduta tipificada em lei e para a qual se prescreve uma sanção, mas as violações comerciais, diversas formas de fraudes com relação ao consumidor, propagandas enganosas, práticas nocivas com os empregados, etc., não têm, em geral, um tipo específico. São condutas, no entanto, muito semelhantes aos crimes comuns, como extorsões comparadas com práticas de monopólio; propaganda enganosa e o estelionato; práticas trabalhistas desleais e a prisão civil por inadimplemento de verbas alimentares; etc. Na maioria das vezes as violações são difusas, não incidindo em uma pessoa específica que se sente lesada em razão da conduta praticada, o que é diferente de homicídios, furtos ou seqüestros, nos quais o sujeito passivo se sente diretamente ofendido. Quando violações de grande monta são cometidas pelas empresas, afetando diretamente a economia nacional ou, por exemplo, “pequenas” fraudes aos consumidores que juntas formam uma quantia considerável, a sociedade como um todo é afetada, mas não tem prática em perceber o fato. Dessa forma, os crimes normalmente punidos e que recebem a atenção ofendem algumas pessoas de forma isolada (sendo algo mediatamente nocivo ao Estado), mas os crimes do colarinho branco violam pessoas de forma difuso (sendo uma ofensa imediata ao Estado)¹⁸⁶.

crimes do colarinho branco reúnem todos os elementos necessários para tal (como ser uma conduta desleal, altamente lesiva à sociedade, etc.). Cf. SUTHERLAND, E. H. *White Collar Crime*, p. 60.

¹⁸⁵ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 44.

¹⁸⁶ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 47.

Três fatores são apontados por Sutherland para explicar o tratamento diferenciado que recebem os grandes empresários¹⁸⁷. O *primeiro* tem relação com o *status* do empresário, ou seja, muitos evitam problemas com grandes empresas por um duplo fator, que envolve medo e admiração, sendo que os políticos que estão no poder evitam certo antagonismo, pois muito dos financiamentos de campanha para ele e seu partido estão diretamente ligados com a “boa relação” mantida com o empresário. O *segundo* elemento envolve o poder de barganha que têm os grandes conglomerados empresariais, os quais podem enviar representantes ao Congresso que atuarão diretamente na criação de leis que sejam a favor de seus interesses (aumentando as vantagens) ou contra (buscando diminuir as desvantagens), elemento que as pessoas que incidem em crimes comuns não dispõem. Assim, os procedimentos que têm o objetivo de perseguir as condutas nocivas de grandes empresas são afastados do âmbito penal e jogados para o campo cível. O *terceiro* fator tem ligação com a possibilidade de organização da consciência social. A formação da opinião pública é, em larga escala, feita pelos meios de comunicação de massa, os quais são financiados exatamente pelas propagandas comerciais, pagas por grandes empresas. São, em última análise, também grandes empresas e dividem as mesmas crenças quanto à atuação no mercado¹⁸⁸. Assim, se os instrumentos de informação em massa fechassem o cerco em torno de quem financia suas atividades, eles também iriam à falência (sem contar que as mesmas condutas lesivas praticadas por grandes empresas em outros ramos também são feitas nas televisões, rádios, jornais, revistas, etc.). Em função disso, podem atacar livremente os estratos sociais mais baixos, pois eles não são responsáveis pelo financiamento das empresas de comunicação, como também, na maioria das vezes, não consomem aquilo que é ali veiculado, além das imagens (portanto, sua perseguição não causa prejuízo aos financiadores). A opinião pública com relação aos furtos também não seria bem estruturada se as pessoas que cometem tais crimes fossem a única fonte de informação sobre tal tema¹⁸⁹.

Isso tudo aponta para uma direção que supera o paradigma etiológico da criminologia. Percebe-se que o cometimento de crimes ou, se assim preferir, de condutas altamente lesivas a bens jurídicos dos mais relevantes é algo generalizado. Tanto a

¹⁸⁷ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, pp. 56-60.

¹⁸⁸ SUTHERLAND, E. H. *White Collar Crime*, p. 251.

¹⁸⁹ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 59.

pessoa com situação econômica desfavorável quanto os privilegiados cometem crimes. Porém, associava-se crime apenas com a pobreza, a ponto de Lola de Castro afirmar que “a grande miséria da Criminologia é de ter sido somente uma Criminologia da miséria”¹⁹⁰. Assim, não há uma causa pré-determinada (um *ethos*) que impulsiona para a criminalidade. Diante disso, as pesquisas criminológicas começaram a tomar rumos bastante distintos, comparados com os anteriores, no estudo do crime. Este não é existente por si só, não há uma essência no crime apenas esperando alguém desvendar. Como foi visto, o tipo é definido em uma lei, com base no princípio de que não há crime sem uma lei prévia que o defina. Se as nossas categorias lingüísticas são assim construídas, então, *a lei cria o crime*¹⁹¹.

O desvio, o qual era visto apenas a partir do sujeito que o comete, passa a ficar mais complexo. Normalmente isso se deve ao fato de que olhamos para aquele com a pecha de desviante, mas não costumamos questionar sobre a pessoa que aplica tal rótulo. Da mesma forma, é comum afirmar que desviante é a pessoa que quebra as regras, mas não questionamos as regras em si¹⁹². Assim, diversas são as noções de desvio que podem ser apontadas¹⁹³: a mais ampla, e comum, o define como qualquer coisa que varia demais de um padrão (é uma definição estatística, não sendo muito útil para o campo social); outra forma identifica o fenômeno com uma patologia, uma espécie de doença existente na pessoa, normalmente alegada como sendo psicológica, que a impeliria ao desvio (é uma definição patológica, mas que encontra barreiras exatamente ao se questionar as regras); outra postura aponta a sociedade como um organismo, sendo que o desvio é qualquer coisa que reduz sua estabilidade, ou ordem, diminuindo as chances de sobrevivência (é uma definição funcional de desvio); há quem defina desvio de acordo com a incapacidade de obedecer a regras do grupo.

A última postura apontada pode ser útil, pois podemos afirmar que o desvio seja a falha em agir de acordo com as regras estabelecidas pelo grupo. É exatamente daí que partem os principais questionamentos sobre quem fez as regras, quem as aplicou, quem julgou o ato como contrário à regra, etc. Howard Becker então afirma que o principal elemento constituinte do desvio é a resposta dos outros, ou seja, o “desvio *não* é uma

¹⁹⁰ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 75.

¹⁹¹ Isso será assim até que possa existir crime sem lei, não se descartando o fato de que o crime é criado pela exegese que o intérprete faz do texto, conforme o desenvolvimento que seguirá.

¹⁹² BECKER, Howard S. *Outsiders*, p. 4.

¹⁹³ BECKER, H. S. *Idem*, pp. 3-8.

qualidade do ato que a pessoa comete, mas sim a consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘ofensor’. O desviante é aquele a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas assim rotulam” (grifos no original)¹⁹⁴.

Becker, na década de 1960, tendo reparado tal fato, explora a seguinte hipótese: se a lei cria o crime, esta é criada e aplicada por pessoas¹⁹⁵. Portanto, a “taxa de criminalidade” tem ligação direta com as leis criadas e o índice de penas aplicadas tem conexão com os responsáveis pelo aparato penal. A posição do citado autor é denominada de *interacionista*, segundo a qual, se o desvio é um fenômeno generalizado, devemos observar todos os fatores envolvidos¹⁹⁶. Assim, a atenção dos estudos da criminologia começou a se voltar para a polícia, os tribunais, médicos, oficiais de escolas, pais, etc., levando em conta os diversos elementos em torno do desvio, em uma complexa relação¹⁹⁷.

Com base na noção de que o crime tem uma ligação direta com uma opção anterior de criminalizar uma conduta que antes era lícita; a reação dos outros ao aplicar concretamente a norma; e, por último, o papel que tal reação tem para a formação da opinião social com relação ao ato e ao sujeito, bem como na perpetuação da atuação desviante, a forma como o sujeito se concebe, etc¹⁹⁸. Fala-se, então, em uma Criminologia da Reação social, a qual dará ênfase não em elementos preconstituídos no sujeito e independente de qualquer atuação dos outros. É uma expressão em sentido amplo, que envolverá desde as posições interacionistas, como as teorias do etiquetamento e dos estereótipos¹⁹⁹, bem como as posturas radicais da criminologia, de fundamento marxista.

¹⁹⁴ BECKER, H. S. *Idem*, p. 9. Tradução livre do original: “deviance is *not* a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an ‘offender’. The deviant is one to whom that label has been successfully applied; deviant behavior is behavior that people so label”.

¹⁹⁵ BECKER, H. S. *Idem*, p. 155.

¹⁹⁶ BECKER, H. S. *Idem*, p. 183.

¹⁹⁷ BECKER, H. S. *Idem*, p. 186.

¹⁹⁸ CASTRO, L. A. de. *Criminologia da reação social*, p. 96.

¹⁹⁹ Ressalte-se que há autores que separam as teorias do etiquetamento em sentido amplo em teorias do rotulação (envolvendo autores como Becker, Erikson e Lemert), do estigma (com Goffman como principal representante) e do estereótipo (com Chapman) (Cf. CASTRO, L. A. de. *Criminologia da Reação Social*, p. 96). Apesar de ser uma distinção academicamente relevante, para os fins pretendidos por este trabalho não serão diferenciadas, pois todas ressaltam o fator *reação social* no processo de criminalização, principal objetivo almejado aqui com o uso de tais teorias.

Precisamos, então, analisar a Criminologia da Reação Social para melhor compreender as categorias que serão utilizadas e desenvolvidas ao longo deste trabalho.

3. – A Criminologia da Reação Social e a Criminologia Marxista.

Conforme vimos, não há uma criminologia da reação social, posto que é uma expressão geral que envolve uma série de posturas criminológicas distintas e, em muitos aspectos, complementares.

O interacionismo, conforme já tratamos, é a postura que notou a importância da criação da norma e de sua aplicação para a formação da criminalidade, enfatizando a observação sobre o aparato responsável por concretizar a lei. Os principais autores que se enquadram nessa corrente são Becker, Lemert, Kitsuse, Tanenbaum, Schur, Erikson e Gusfield²⁰⁰.

Ao afirmar que “o crime é criado pela sociedade”, os autores não ficam adstritos à noção mais comum que essa pode gerar. Não se trata de enfatizar que as condições sociais adversas ou que os fatores presentes na sociedade seriam as responsáveis por impelir a pessoa ao crime. Trata-se, na verdade, do fato de que a sociedade cria regras e as aplica a certas pessoas, rotulando-as de desviantes. O rótulo aplicado a certas condutas que, antes, é resultado das respostas dos outros aos atos de determinadas pessoas²⁰¹. Assim, o desvio não é uma categoria homogênea, pois nem todos os que são considerados criminosos realmente cometeram crime e nem todos os que praticaram uma ação delituosa são considerados criminosos. Isso impossibilita o trabalho com categorias universais, não se podendo imaginar que determinados elementos se aplicam sempre e a todos os casos em certos desvios. A única generalidade que se pode afirmar é que todos os que são considerados criminosos dividem a mesma pecha²⁰². Além disso, Becker percebe como o processo de marginalização possui duas vias: da mesma forma que um grupo dominante rotula certos indivíduos como marginais; os grupos minoritários também observam os demais como excluídos²⁰³.

A marginalização é um verdadeiro processo e envolve um elemento ainda mais nocivo: a estigmatização do indivíduo excluído. Erving Goffman foi um autor que

²⁰⁰ CASTRO, L. A. de. *Idem*, p. 99.

²⁰¹ BECKER, H. S. *Outsiders*, p. 9.

²⁰² BECKER, H. S. *Idem*, pp. 9-10.

²⁰³ BECKER, H. S. *Idem*, p. 85.

trabalhou especificamente com o tema, observando-o, também, sob o ponto de vista da Psicologia. Apesar do termo estigma ter origem com os gregos, que o utilizavam para expressar determinados sinais corporais que exprimiam algo incomum ou ruim sobre o caráter individual²⁰⁴, atualmente é expressão utilizada para fazer referência a um atributo com fortes meios de retirar crédito das pessoas²⁰⁵. Não se trata de um sinal externo, mas de um signo lingüístico ao qual se atribuem sentidos negativos que as pessoas projetam ao próprio caráter individual do estigmatizado.

O estigmatizado, quando tratado como tal, acaba acatando aquilo que as pessoas esperam dele a age como tal. Assim, o estigma faz com que a pessoa seja vista com uma série de elementos padrões anexados a ele e a sociedade espera correspondência. Ou seja, de uma pessoa cega, esperam que atue de forma desamparada e sempre precisando de ajuda e se mostrando hipossuficiente; de negros e mulheres, esperam-se comportamentos de acordo com a visão preconceituosa da sociedade; de uma pessoa que se prostitui, imagina-se alguém que manifeste isenção de qualquer sentimento humano; de alguém que seja homossexual, espera-se que atue de forma chamativa e indiscreta; de uma pessoa que já cometeu algum crime, aguarda-se a prática de novos delitos. Não raro, para não causar estranhamento ou decepção, a pessoa assume o papel a ela atribuído e age conforme a carga do estigma. Conforme relata Goffman, uma anã que era extremamente polida e bem-educada, na frente de pessoas de fora do seu círculo de amizades interpretava o que se esperava de uma anã (o estereótipo do bufão), mas diante de seus amigos jogava fora esse papel e agia como a pessoa que realmente era (“inteligente, triste e bastante solitária”)²⁰⁶.

Com relação a crimes isso pode ser extremamente nocivo, gerando o que os autores chamam de uma profecia que se auto-concretiza (*self-fulfilling prophecy*). Isso coloca em movimento diversos fatores, como a pessoa se moldar de acordo com a forma que os outros a enxergam; a segregação e a identificação da pessoa apenas com aqueles igualmente estigmatizados; bem como a sua aceitação apenas nessa *subcultura* disposta a recebê-lo como igual²⁰⁷. No momento em que a pessoa excluída se vê forçada a assumir

²⁰⁴ GOFFMAN, Erving. *Stigma*, p. 1.

²⁰⁵ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 3.

²⁰⁶ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 110.

²⁰⁷ BECKER, H. S. *Outsiders*, p. 38.

a identidade que os outros lhe atribuíram, não há qualquer surpresa e o estigma está “justificado” e “legitimado”²⁰⁸.

Uma pessoa que tenha determinado estigma normalmente sabe que o tem e, por estar inserido na sociedade, conhece os significados a ele atribuídos. Portanto, Goffman separa, com base na visibilidade do sinal, entre aqueles que perdem crédito imediatamente (*discredited*) e os que têm a possibilidade de perder crédito (*discreditable*)²⁰⁹. Assim, de acordo com a situação, a pessoa trabalha com formas de gestão da informação, quando possível e normalmente apenas se o estigma não é visível imediatamente (*discreditable*), escondendo ou mostrando possuir o signo de acordo com a situação em que se encontra, usando técnicas de *controle de informação*²¹⁰. Por exemplo: uma pessoa usuária de drogas, sabendo que isso pode influenciar em questões relacionadas ao emprego, enquanto estiver trabalhando ou em uma entrevista de emprego fará tudo o possível para agir como as pessoas imaginam um “não-usuário”; da mesma forma, quem tem um estigma aparente, como uma pessoa cega, não atua de forma a esconder tal sinal.

Um determinado estigma pode proporcionar situações em que a pessoa é *discredited* e outras em que é *discreditable*. Permite, então, o segredo com um grupo, mas não com outro²¹¹. Isso tem uma grande importância ao se lidar com pessoas que cumprem pena. Sabendo a forma que a sociedade trata aqueles que já foram condenados penalmente, uma vez do lado de fora (seja pelo fim do cumprimento de pena ou em função da progressão de regime) e em contato com diversas situações, o ex-presidiário age de forma a esconder o fato de que já foi preso, trabalhando o tempo todo com a gestão de informações. Porém, alguém que ainda cumpre pena em regime fechado não tem como esconder o estigma, sendo tratado conforme a carga de sentidos a ele atribuídas pelos oficiais carcerários ou por outras pessoas que com ele, no presídio, tenha contato²¹². Isso tem ligação direta com qualquer possibilidade de “ressocialização”.

Diversos outros elementos podem ser expostos com relação ao tema dos estigmas, mas um alongamento desnecessário aqui poderia nos desviar demais do tema que pretendemos trabalhar. O importante é salientar como os estigmas constituem signos

²⁰⁸ BECKER, H. S. *Idem*, p. 34.

²⁰⁹ GOFFMAN, E. *Stigma*, pp. 41-42.

²¹⁰ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 92.

²¹¹ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 73.

²¹² GOFFMAN, E. *Idem*, p. 42.

com uma carga cultural que tem a sociedade, sendo que esta projeta tais significados à pessoa estigmatizada, a qual acaba sendo segregada, muitas vezes aceita a imagem que os outros lhe projetam, identifica-se com outras pessoas igualmente segregadas (subculturas), etc. No entanto, podemos comentar a crítica feita por Becker²¹³ à teoria dos estigmas. O autor pondera que os proponentes originais dessa noção não pretendiam a superação do paradigma etiológico, pois ainda consideravam o estigma como uma categoria que impelia ao crime, desconsiderando as normas e a forma que são aplicadas. Tal idéia não deve ser tida como único fator na explicação do fenômeno do crime, pois seria ingenuidade achar que alguém cometeria um crime apenas porque foi chamado e tratado como um criminoso. Porém, pode ser tida como complemento para o estudo do crime, enquanto algo que apesar de não ser um elemento que necessariamente impele à prática delitiva, dificulta o acesso de uma pessoa em sociedade a uma vida “normal”²¹⁴.

Em síntese, a Escola Interacionista norte-americana observa o delito no nível de criação das normas (*criminalização primária*) e no campo da inserção da pessoa na prática definida pela regra, bem como sua aplicação pelo aparato penal (*criminalização secundária*)²¹⁵.

Outra posição que pode ser exposta é o chamado interacionismo simbólico, o qual teve um maior desenvolvimento na Alemanha²¹⁶. A grande contribuição dessa vertente foi a explicação de que as práticas jurídicas (envolvendo a atuação do aparato policial, julgamentos em processos criminais, execução da pena) lidam com regras informais, que vão além daquelas positivadas pelo Direito. Trata-se da distinção entre *regras* e *meta-regras*, sendo que o primeiro consiste em um nível formal padronizado e com pretensão de aplicação generalizada, enquanto o último diz respeito à aplicação prática dessas normas positivas, envolvendo as atuações informais. Tem base na separação feita por Saussure entre *langue* (a linguagem formalizada, a qual se encontra nos dicionários e gramáticas) e *parole* (a linguagem falada no cotidiano, a qual não segue estritamente as regras e sentidos atribuídos formalmente à língua)²¹⁷. Da mesma forma, apesar das regras procedimentais estabelecidas juridicamente, há todo um atuar do

²¹³ São críticas tecidas em um capítulo acrescido em seu livro *Outsiders* em 1991 (“*Labelling Theory Reconsidered*”), no qual o autor faz novas ponderações sobre as teorias da estigmatização e do interacionismo.

²¹⁴ BECKER, H. S. *Outsiders*, p. 179.

²¹⁵ CASTRO, L. A. de. *Criminologia da Reação Social*, p. 109.

²¹⁶ CASTRO, L. A. de. *Idem, ibidem*.

²¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 105.

aparato público que segue vias informais de solução de conflito e controle de criminalidade. Envolvem tanto as práticas corruptivas, como a do policial que aceita uma determinada forma de suborno para não autuar determinado fato, bem como vias alternativas de solução de crimes (como o pai que devolve um item furtado pelo filho e em troca o ofendido não procede qualquer forma de delação às autoridades oficiais). Zaffaroni, por exemplo, critica a posição da doutrina que cria modelos teóricos e, hipoteticamente, tem solução para todos os casos. Fala-se em “Caio”, “Tício”, “Mévio”, criam-se problemas imaginários e atribuem a solução da lei. Porém, não param para observar quando casos reais semelhantes ocorrem, se a solução dada é a prevista na hipótese legal, se o procedimento é feito por vias formais ou informais, se é resolvido ou negligenciado²¹⁸.

Essa postura atesta que, em função dessa atuação informal, as estrutura de conflitos sociais está intimamente ligada com a forma de aplicar a norma para os diversos grupos componentes da sociedade, o que propugna uma teoria da sociedade em que as relações de poder sejam necessariamente parte do estudo²¹⁹. A partir de então, o desenvolvimento das pesquisas seguem no sentido do controle social, observando suas formas difusas de exercício em diversos níveis. O primeiro envolveria a família, os amigos, vítimas e delatores dos crimes (*interação primária*, o elemento mais fundamental das relações sociais). Um segundo seria observado nas escolas, fábricas, etc. (correspondendo à *interação secundária*, a qual tem ligação com as relações de produção e os meios de preparação para tal). No terceiro, estão o aparato policial, judiciário e outros membros de órgãos públicos relacionados com a criminalização (*interação terciária*)²²⁰. Em cada um desses planos foram desenvolvidas diversas investigações, as quais não poderão ser aqui detalhadas, sob pena de uma excessiva digressão. O importante é salientar que a partir desse momento, uma maior atenção às relações de poder para estudar as formas de criminalização, o que fornece uma ligação entre essa posição e as posturas radicais²²¹.

Uma outra postura que necessita ser comentada diz respeito à criminologia do conflito. É uma noção que envolve tanto elemento interacionistas, observando a criação e

²¹⁸ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 184.

²¹⁹ CASTRO, L. A. de. *Criminologia da Reação Social*, p. 111.

²²⁰ CASTRO, L. A. de. *Idem*, p. 113.

²²¹ CASTRO, L. A. de. *Idem*, p. 109.

aplicação das regras, assim como as relações intersubjetivas permeadas por relações de poder em uma sociedade em conflito. Muitas das teorias sociais podem ser enquadradas, grosso modo, em uma teoria do consenso ou em uma teoria do conflito. A primeira observa a sociedade como um núcleo sólido consensual de valores fundamentais (o que é certo ou errado; bom ou mau). Os teóricos do consenso afirmam que há conflito de interesses na sociedade, mas que a função do Estado seria exatamente a de mediar tais embates e buscar a ordem. Já os teóricos do conflito partem da premissa de que são os interesses responsáveis pelas crenças (se algo é do interesse de alguém, a pessoa tende a achar que isso é bom e justo; por outro lado, se algo vai contra seus interesses, é tido como ruim ou injusto)²²².

No final da década de 1930, Sellin fez um estudo que propunha o estudo do crime a partir de uma noção de conflito. Afirmava que, conforme a sociedade se tornava mais complexa, menor era o nível de homogeneidade entre as pessoas, gerando choque de concepções de mundo. Haveria, então, os *conflitos culturais primários* (conflitos entre duas culturas diferentes, como, por exemplo, os que podem surgir em divisas entre países ou no caso de imigração) e os *conflitos culturais secundários* (quando uma cultura se torna complexa a ponto de existirem subculturas, as quais entrariam em conflito)²²³.

Cerca de vinte anos depois, George Vold apresenta uma versão da criminologia do conflito, na qual o autor sustenta a sociedade enquanto um amontoado de grupos, sempre em situação desconfortável entre si e batalhando por mais espaço em um substrato de relativa ordem social. Esta não deve ser entendida como consenso, mas como os ajustes dos grupos entre si de diferentes interesses e graus de poder²²⁴. O meio mais visível desses antagonismos está no Parlamento, enquanto diversos grupos políticos batalhando pela criação de leis. Assim, em face de um projeto de lei que prejudique determinado agrupamento, este irá se opor a sua passagem, enquanto aqueles que se interessam pela aprovação farão tudo para que a lei seja aprovada. Da mesma forma, aqueles que são prejudicados em maior extensão e se opuseram à aprovação da regra têm uma chance maior de violá-las, mas aqueles que se interessavam por sua entrada em vigor não apenas terão chance menor de quebrar a norma, como também exigirão a sua

²²² Sobre as diferenças entre as posturas do consenso e do conflito, cf. VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Theoretical Criminology*, pp. 227-228.

²²³ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Theoretical Criminology*, p. 228.

²²⁴ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 229.

aplicação aos que cometem ilícitos nela previstos²²⁵. “Em outras palavras, aqueles que produzem maiorias legislativas ganham controle do poder estatal da justiça criminal e decidem as políticas que determinam quem tem maiores chances de ser oficialmente definido e processado como criminoso”²²⁶. Assim, a questão de criação, violação e aplicação de leis tem uma ligação direta com os conflitos que buscam maior domínio de poder e, com ainda maior ligação, o controle do poder de polícia. A definição de Vold para o comportamento criminoso asseverava que era o comportamento de grupos de poder minoritário (*minority power groups*), ou seja, aqueles que não têm condições de defender seus interesses no processo legislativo²²⁷.

Durante o período da Guerra Fria, com o reforço de políticas preconceituosas e os reclames de outros em favor do fim de intervenções militares (como a do Vietnam), diversos conflitos entre grupos surgiram nos Estados Unidos. Com a criminalização de minorias, as teorias do conflito voltaram a ganhar força. Então, Austin Turk, Richard Quinney e Chambliss, em conjunto com Seidman, voltaram a teorizar em torno das noções de conflito para analisar a criminalidade e criminalização²²⁸.

Jeffrey Snipes, atualizador da obra de Vold, propõe uma revisão e uma tentativa de unificar as diversas correntes da criminologia do conflito, apontando os seguintes tópicos: sendo os valores e interesses pessoais bastante variados em sociedades complexas, daí surgem conflitos entre os grupos; em função das condições de vida e dos valores, a pessoa desenvolve um atuar estável, considerando-o “bom”, “justo” ou, no mínimo, justificável; sendo as regras criadas de acordo com os interesses daqueles que têm força para tal, aqueles que detêm o poder político e econômico têm menores chances de violar leis criminais; em função da racionalidade processual, o processo de pessoas com poder envolve uma dificuldade muito maior probatória e de relações de interesse, portanto, as agências estatais tendem a perseguir os casos mais “simples”²²⁹. Com base nisso, o autor conclui que o a distribuição do número de condenações criminais será inversamente proporcional ao nível de poder político e econômico que tem determinado

²²⁵ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem, ibidem*.

²²⁶ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 230. Tradução livre de: “*In other words, those who produce legislative majorities win control of the criminal justice power of the state and decide the policies that determine who is likely to be officially defined and processed as criminals*”.

²²⁷ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem, ibidem*.

²²⁸ Cf. VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, pp. 231 e ss.

²²⁹ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, pp. 240-241.

grupo, independente de outros fatores (como elementos sociais, psicológicos ou biológicos influenciando condutas, tanto dos condenados quanto dos agentes estatais)²³⁰.

Bastante entrelaçada com a noção de conflito, mas posicionando este elemento no campo da luta de classes e aproveitando diversas categorias marxistas, está a chamada Criminologia Crítica ou Radical. De acordo com Lola de Castro, um congresso internacional (realizado em 1973 em Belgrado) explicitava simbolicamente dois elementos: um com relação ao ganho de espaço e reconhecimento que teve a Criminologia; o outro, uma espécie de institucionalização de algumas vertentes criminológicas (como algumas das expostas, como o interacionismo, a criminologia do conflito, etc.), mas uma marginalidade da criminologia de orientação marxista²³¹.

Uma forma inicial da criminologia marxista pode ser reparada na obra de Willem Bonger (*Criminality and Economic Conditions*, publicada em 1916). O autor explica como o sistema econômico capitalista promove o egoísmo e a busca individualista por satisfações de seus interesses, sendo que o sistema criminaliza a ganância do pobre e, por outro lado, permite legalmente a mesma manifestação pelos ricos. Assim, Bonger conclui explicando que o sistema socialista extingiria tal situação, pois promoveria uma preocupação em favor da sociedade como um todo²³². Diversas críticas foram tecidas a essa forma primária da criminologia marxista, afirmando-se ser uma má interpretação de Marx, ou por uma posição equivocada quanto às classes dominantes, por observá-las como um todo unitário e sem conflitos. Chegou-se a afirmar que era mais um manifesto político e não uma postura rigorosamente acadêmica²³³.

A partir da década de 1920, a influência marxista na criminologia foi fortemente mitigada, principalmente nos países de língua inglesa, em função da perseguição aos “comunistas”. É vertente que volta a ganhar força em meados da década de 1970. A partir de então, com uma postura mais madura, os criminólogos começaram a argumentar que os interesses das classes econômicas dominantes não são tão beneficiados a curto prazo (atuando a favor de diversos interesses para evitar que o capitalismo crie as condições para seu próprio colapso), mas a longo prazo, o próprio Estado atua para a manutenção e desenvolvimento de tais interesses. Assim, o Estado pode criar e aplicar

²³⁰ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 242.

²³¹ CASTRO, L. A. de. *Criminologia da Reação Social*, p. 137.

²³² VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Theoretical Criminology*, p. 253.

²³³ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 254.

normas que não sejam interessantes às classes dominantes em curto prazo, mas, com isso, continuam com o poder e ainda utilizam a estrutura social para o seu benefício em longo prazo²³⁴. A partir de tais idéias, voltou-se o foco para as condutas altamente lesivas à sociedade praticadas pelas classes dominantes, mas que não são criminalizadas, principalmente com o desvio de atenção para os crimes das classes inferiores. Cita-se, por exemplo, que um número muito maior de pessoas morrem ou sofrem lesões corporais gravíssimas em função de condições irregulares de trabalho, as chances díspares de conseguir emprego ou uma boa educação, crimes econômicos, dominação política, poluição do meio ambiente, brutalidade policial, violações da dignidade, negações das necessidades essenciais, etc.²³⁵

Uma ênfase exacerbada aos crimes dos ricos acabou afastando os teóricos dos crimes das classes desfavorecidas, os quais acabaram sendo vistos de forma romantizada. Eram tidos como uma forma de revolta consciente contra o sistema capitalista e, portanto legítima. Porém, com as pesquisas feitas na década de 1980, percebeu-se que muitos dos crimes das classes desfavorecidas são voltados contra pessoas nelas incluídas, as quais não apenas aceitam a criminalização como querem que ela seja procedida contra aqueles que os ofendem²³⁶. Assim, houve um recuo das teses que pregavam o crime como rebelião primária contra o sistema e seguiu-se para as noções de *lumpen-proletariado*. Iniciou-se a tendência de explicar o crime como conseqüências patológicas do sistema social, as quais eram mitigadas com a criminalidade (principalmente contra o patrimônio) para a manutenção de condições de subsistência ou para dar conta dos problemas gerados pelo fato de o mercado de trabalho deixar muitos de fora da única forma de conseguir o sustento individual, já que os meios de produção estão com as classes mais favorecidas. Isso então, aproxima a criminologia marxista de outras vertentes da criminologia tradicional e da reação social²³⁷.

Como representante da criminologia radical aqui no Brasil, é possível citar Juarez Cirino dos Santos. O autor da obra *A Criminologia Radical*, publicada originalmente em 1981 (ainda no período do regime militar), apresenta a postura criminológica que dá nome ao livro. Com pesquisas realizadas da década de 1970 e a

²³⁴ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 255.

²³⁵ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 256.

²³⁶ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, p. 257.

²³⁷ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Idem*, pp. 257-258.

publicação no início dos anos 80, percebe-se-as no período em que a criminologia marxista estava voltando a ganhar espaços em ambientes acadêmicos. A Criminologia Radical insere o fenômeno do crime também no momento social produtivo (*esfera da produção*), o que torna necessário o estudo de categorias como *relações de produção, poder econômico e político*²³⁸. Com base em alguns problemas suscitados acima, o autor separa a criminalidade em três esferas principais: das classes desfavorecidas e desorganizadas (envolvendo o *lumpen*-proletariado), com mais forte incidência de criminalização; da classe trabalhadora organizada, praticados no âmbito da produção, os quais podem ser enquadrados como forma de revolta contra a opressão do capital; e o crime das classes dominantes (envolvendo as *cifras douradas*)²³⁹. Em síntese, “a Criminologia Radical estuda o papel do Direito como matriz de controle social dos processos de trabalho e das práticas criminosas, empregando as categorias fundamentais da teoria marxista, que o definem como instituição superestrutural de reprodução das relações de produção, promovendo ou embaraçando o desenvolvimento das forças produtivas”²⁴⁰. A Criminologia Radical tem como objeto o conjunto das relações sociais (envolvendo tanto a estrutura econômica quanto o aparato superestrutural da política e do Direito); compromete-se a transformar a estrutura social, não se contentando com meras reformas penais; tem como *base social*, e portanto elemento da *práxis*, as classes subordinadas e oprimidas pela lógica do sistema, buscando a formação de consciência e organização para sua libertação²⁴¹.

Como se percebe²⁴², a exposição não segue uma ordem cronológica do desenvolvimento das teorias, mas optou-se por tal organização com base na força que as teorias foram ganhando nos meios acadêmicos. Trata-se de uma escolha sem pretensão de neutralidade, mas uma opção didática. Tendo exposto alguns fundamentos, é necessário precisar algumas categorias usadas pela criminologia, as quais serão utilizadas ao longo deste trabalho.

²³⁸ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 7.

²³⁹ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, p. 14.

²⁴⁰ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, p. 39.

²⁴¹ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, pp. 43-44.

²⁴² Basta reparar que Becker escreveu sua proposta interacionista na década de 1960, mas suas influências eram anteriores; o interacionismo simbólico, com Fritz Sack, ganhou força da década de 1970; as criminologias do conflito vinham sendo desenvolvidas desde a década de 1920; enquanto a criminologia marxista tem como uma das primeiras obras datando de 1916 (como a obra de Willem Bonger, *Criminality and Economic Conditions*).

4. – Algumas categorias das Criminologias.

Apesar das críticas ao chamado paradigma etiológico, não pretendemos negar absolutamente tudo oriundo daquela racionalidade que até hoje mostra resquícios. Sempre se pode complementar posições com aquilo que é dito como superado, sendo possível, inclusive, aprender com as falhas cometidas.

Primeiro, começaremos com três noções, as quais Lola de Castro denomina de *fantasmas da criminologia tradicional*: a relatividade do delito; a cifra negra; e a cifra dourada²⁴³. Como a criminologia tradicional, por influência da racionalidade moderna, tratava o ser humano de forma universalizante, envolvendo-o em uma categoria de igualdade absoluta, isso geraria a idéia de que todas as pessoas, em todos os lugares e em qualquer tempo, tivessem a mesma visão de mundo. Se assim fosse, o crime também seria algo que não sofreria qualquer variação, bem como, por consequência, o comportamento delitivo seria igualmente combatido. Porém, quando se observa que entre culturas diferentes, ainda que coexistentes no tempo, há uma variação enorme das normas consideradas como configuradoras dos delitos mais graves, essa universalidade da humanidade (e a forma geral de avaliar o crime) não subsiste.

Assim, diversos exemplos podem ser citados, como: nos EUA há estados que permitem a pena de morte, enquanto outros a proíbem; na Holanda o uso de determinadas drogas foi permitido em certas condições (por consequência, a venda autorizada também), no Brasil o tráfico de drogas ainda é o grande inimigo e bode expiatório para desviar a atenção das reais condutas nocivas. Lola de Castro cita alguns exemplos²⁴⁴: a Lei Judaica considera delito ter relações sexuais com mulher mestruada; a tentativa de suicídio é uma conduta delituosa na Inglaterra (no Brasil o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio é crime); a homossexualidade é criminalizada em alguns países europeus; o aborto é permitido em alguns países e proibido em outros; em determinados Estados, a propaganda de meios contraceptivos também é punida. Com tais noções, a concepção de um criminoso universal não subsiste e, se é possível imaginar variações de um ordenamento jurídico para outro, não é difícil perceber que podem existir variações de racionalidade entre as várias culturas subsistentes no mesmo país, sendo o Brasil um

²⁴³ CASTRO, L. A. de. *Criminologia da Reação Social*, p. 62.

²⁴⁴ CASTRO, L. A. de. *Idem*, pp. 63-65.

bom exemplo a se observar. O aborto é criminalizado, muito por força dos grupos cristãos, mas será que todos dividem a mesma opinião? Será que todos os grupos consideram haver vida no período de gestação, ou se haveria vida até um determinado ponto da gravidez? Pelo fato de um grupo dominante possuir uma determinada racionalidade, isso permite a sua imposição a outros grupos?

Outro elemento interessante de se analisar é a chamada *cifra negra da delinqüência*. Em função da necessidade de conferir peso retórico e uma suposta “cientificidade” aos estudos com relação à criminalidade, muitos dados estatísticos dos aparatos policiais e carcerários foram utilizados. Com base neles, partia-se da premissa de que ali estava a totalidade dos criminosos, mas algumas pesquisas começaram a perceber que isso poderia não ser bem verdade. Cita-se uma pesquisa realizada na Alemanha, na qual se constatou que de 800 casos ocorridos em determinada empresa que poderiam ser criminalizados, apenas um assim procedeu²⁴⁵. Isso significa que dos atos tipificados que realmente ocorrem, apenas uma pequena parcela chega a conhecimento do aparato público com competência para encaminhar o trâmite penal e, dos que chegam, menos ainda são processados e julgados. Fica em risco a própria noção de crime, como algo que desestruturaria a sociedade de tal forma a ponto de esta deixar de existir, pois as próprias pessoas não enxergam muitos desses fatos como crime²⁴⁶.

É possível fazer a separação entre a criminalidade legal (a que aparece nos registros criminais com a efetiva condenação), a criminalidade aparente (a que aparece nos registros criminais, mesmo que não conste a condenação, excluídos os casos de absolvição) e a criminalidade real (o conjunto de ações delitivas que ocorreu, independente do conhecimento dos órgãos oficiais)²⁴⁷. Assim, “a diferença entre a

²⁴⁵ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*, p. 65.

²⁴⁶ Hulsman cita uma pesquisa com relação à vitimização que segue nos seguintes termos: “foi perguntado a pessoas que participaram destas pesquisas (...) se, durante um período determinado, foram vítimas de infrações; quais; da parte de quem; se apresentaram ‘queixa’, etc... (...) Do questionário constava: ‘Você foi vítima de alguma agressão?’ (o que no sistema penal se chama de ‘lesões corporais’) ‘O autor era um estranho?’ ‘Alguém que você conhecesse?’ ‘Alguém da família?’. Ninguém respondeu afirmativamente a esta última pergunta, embora este tipo de situação seja bastante freqüente (...). Na negação da evidência, vi uma espécie de sinal: quando se trata de acontecimentos próximos, as pessoas não os colocam no registro ‘criminalidade’” (HULSMAN, L.; CELIS, J. B. de. *Penas perdidas*, p. 66). Algumas das negativas podem ser explicadas de outra forma: por medo de retaliação partindo do agressor ou por medo de não ser mantido o sigilo e a pessoa próxima ser criminalizada. Porém, de fato, é muito mais comum a pessoa tolerar agressões de pessoas próximas, como um cônjuge (não entrando em questões como ameaças, “falta de alternativas” e o comum fatalismo existente), tentando uma espécie de perdão ao próximo por esse vínculo de *solidariedade*, do que com pessoas estranhas.

²⁴⁷ CASTRO, L. A. de. *Criminologia da reação social*, p. 67.

criminalidade real e a aparente seria, pois, dada pela cifra negra”²⁴⁸. A diferença, como se pode reparar, é gritante entre os dois fatores.

A cifra negra tem uma relação próxima, também, com a *seletividade* no Direito Penal, elemento que será tratado adiante. Antes, podemos avaliar no Brasil, como seria se os dados estatísticos fossem a principal fonte para o estudo da criminologia. Segundo a “lógica” do mercado, não há muitas dúvidas hoje entre a relação entre a escolaridade do indivíduo e suas chances no mercado de trabalho (o que está diretamente ligado com a remuneração e, portanto, com a capacidade econômica). No primeiro semestre de 2006, dos 9077 presos do estado, 6658 (aproximadamente 73,35% da população carcerária paranaense) estavam entre analfabetos (649), alfabetizados (1103) e com primeiro grau incompleto (estando aqui a maior concentração – 4906 pessoas). Os demais 2419 presos têm a seguinte escolaridade: primeiro grau completo (948), segundo grau incompleto (802), segundo grau completo (499), ensino superior incompleto (86) e ensino superior completo (84).

É também interessante avaliar em qual conduta tipificada foram enquadradas as pessoas que cumpriam pena no primeiro semestre de 2006. Pelos dados fornecidos, apenas há como saber o número de condenações de acordo com a conduta, sendo que em caso de concurso de crimes, contou-se mais de uma condenação, mesmo sendo referente a uma pessoa. Assim, apesar de haver 9077 pessoas no sistema carcerário, existiam 12668 condenações. Destas é curioso reparar que 1836 condenações têm referência às drogas (1612 por tráfico e 224 por uso); 5427 são crimes contra o patrimônio²⁴⁹ (1476 furtos, 3532 roubos, 50 extorsões mediante seqüestro, 184 estelionatos, 185 receptações); e 1813 são as condenações por condutas que geraram a morte de pelo menos uma pessoa (1432 homicídios e homicídios qualificados, e 381 latrocínios).

Costuma ser enfadonha a análise minuciosa dos números, mas a atenção nos dados acima será bastante importante para o desenvolvimento deste trabalho. Não é raro perceber como a formação escolar e técnica estão fortemente ligadas com a possibilidade de subsistência de uma pessoa. Com isso, pode ter passado despercebido à primeira vista, mas 73,35% dos presos no Paraná não têm sequer o primeiro grau completo. Isso é

²⁴⁸ CASTRO, L. A. de. *Idem*, p. 68.

²⁴⁹ Apesar de o Código Penal ter o latrocínio dentro dos crimes contra o patrimônio, esta figura será contada nos crimes contra a vida e ignorados dentre as ofensas contra o patrimônio, ou seja, o número de 5427 condenações não envolve o latrocínio.

duplamente grave: primeiro por ser a educação fundamental essencial a ponto de haver previsões constitucionais como a do art. 208, inc. I, bem como as dos §§ 1º e 2º do citado artigo²⁵⁰; segundo por saber que com 15 anos de idade uma pessoa pode completar o ensino fundamental, mas esses 6658 são maiores de 18 anos e ainda não puderam completar o nível mais básico de educação.

Achar que os dados estatísticos mostram o “perfil do criminoso” é uma verdadeira ingenuidade. A única coisa que os elementos acima arrolados mostram é quem é sancionado penalmente e não quem comete crime.

Com referência ao alto nível de punição aos crimes contra o patrimônio, que são normalmente associados com situações de pobreza, assim como o baixo índice de escolaridade entre os presidiários, aponta-se para situações econômicas desfavoráveis como grande fator criminógeno. Isso, porém, desvia a atenção de outro fantasma da criminologia tradicional: a *cifra dourada*. Conforme vimos, Sutherland foi o primeiro autor a tratar do tema da criminalidade de pessoas de alto nível econômico e definiu, de forma inicial, o crime do colarinho branco como “o crime cometido por uma pessoa, de respeitabilidade e de alto nível social, no exercício de sua profissão”²⁵¹. Nesse caso, o sujeito ativo é alguém de elevado nível social, invertendo o que ocorre com os crimes comuns: nestes, o criminoso tem nível social inferior à vítima, enquanto no crime do colarinho branco o criminoso tem *status* social maior do que o de sua vítima. A ênfase de Sutherland é dada aos empresários que cometem condutas nocivas no atuar “profissional”, outra característica da definição em análise²⁵². Porém, além da criminalidade de quem detém o poder econômico, há também quem cometa atos delitivos por deter o poder político. Assim, “existe uma cifra dourada de delinqüentes que detém o poder público e o exercem impunemente, lesando a coletividade e cidadãos em benefício da sua oligarquia, ou que dispõem de um poderio econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade”²⁵³. A expressão cifra dourada, então, é usada em um sentido

²⁵⁰ Art. 208 da CF: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

²⁵¹ SUTHERLAND, E. H. *White Collar Crime*, p. 7.

²⁵² CASTRO, L. A. de. *Criminologia da reação social*, pp. 77-78.

²⁵³ CASTRO, L. A. de. *Idem*, p. 75.

mais amplo, enquanto o *crime do colarinho branco* denota apenas os crimes econômicos empresariais. Não se duvida do grande potencial lesivo à sociedade dessas condutas envolvidas pelas cifras douradas. É também difícil sustentar que as práticas comerciais de uma empresa que desvia milhões do fisco (mas ainda repassa o “imposto” para o preço de seus produtos vendidos aos consumidores) são menos nocivas à sociedade do que o dano causado pelas condutas que geraram as 5008 condenações por furto e roubo, cujas penas estavam em execução no primeiro semestre de 2006. Envolvem-se custos na esfera *individual, econômica, social e moral*²⁵⁴. Com base em alguns dados governamentais dos EUA, estima-se que, lá, o custo dos crimes de rua esteja em torno de dezoito bilhões de dólares, enquanto os crimes corporativos passariam da casa de um trilhão de dólares²⁵⁵.

Podemos aqui dedicar um espaço para expor a teoria da *associação diferencial* (aplicada para criminosos do colarinho branco ou não), a qual foi proposta por Sutherland e pouco tratamento foi dado a uma noção tão angustiante. Segundo o autor, “a hipótese de associação diferencial assevera que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem tal comportamento criminoso favoravelmente e isolados daqueles que o definem desfavoravelmente, e que uma pessoa em uma situação apropriada inicia-se em tal comportamento criminal se, e apenas se, o peso das definições favoráveis excedem o peso das definições desfavoráveis”²⁵⁶. O próprio autor reconhece que não se trata de uma explicação universal para todo e qualquer tipo de crime. Isso mostra, no entanto, que o raciocínio comum é ponderar as vantagens e desvantagens do cometimento de atitudes delituosas antes de as praticar e apenas quando se percebe uma vantagem suficiente, inicia-se na conduta delituosa. Um ambiente em que as vantagens de determinados crimes são enaltecidas, possibilita-se uma visão em favor de seu cometimento. Tal fator é apenas mais um a complementar a gama infundável que envolve o fenômeno do delito. Assim, no caso do crime do colarinho branco, a prática comercial envolve, com alta regularidade, tantas atuações fraudulentas e que violam diversos setores da sociedade (como consumidor, empregados, fisco, economia nacional, etc.), que as pessoas que querem permanecer como empresários precisam “jogar pelas regras

²⁵⁴ CASTRO, L. A. de. *Idem*, pp. 82-83.

²⁵⁵ VOLD, G. B.; BERNARD, T. J.; SNIPES, J. B. *Theoretical Criminology*, p. 255.

²⁵⁶ SUTHERLAND, E. H. *White Collar Crime*, p. 240. Tradução livre de: “*The hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such criminal behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions*”.

do jogo”, caso contrário, irão à falência. Como afirma Sutherland, a principal ameaça de um empresário é outro empresário²⁵⁷. As práticas ilegais são difundidas de tal forma que, conforme relatado pelo citado autor, um companhia de carros vendendo seu produto com parcelas, de fato, com taxas de juros em 11%, anunciou como se fosse de 6%; outras empresas com iguais taxas de fato, para não ficarem prejudicadas anunciaram seus produtos como se os juros estivessem fixados em 11%²⁵⁸. Alguns outros exemplos são citados por Sutherland ao longo da obra, mas é possível saber como essas reações em cadeia são comuns e como têm um efeito prejudicial a toda a sociedade.

Tal noção, associada ao custo dos crimes do colarinho branco, mostra uma fração do tamanho do problema. Considerando que este pode tomar proporções tão grandes, por que se fala tão pouco nessa forma de criminalidade?

Se as normas são relativas, se há um grande número de condutas não perseguidas pelo aparato penal e se as classes dominantes cometem crimes muito mais lesivos à coletividade, algo parece falhar em dois momentos: na criação e na aplicação das leis. No primeiro momento cabe citar a noção de *empreendimento moral* explicitada por Becker. Normalmente quem busca a criação de determinada norma quer simplesmente impor o seu senso daquilo que é correto sobre os outros. A pessoa que busca a criação de uma nova lei está, em verdade, insatisfeito com aquelas existentes que regulam determinado campo social ou com a inexistência de regulação. Para essa pessoa, o mundo jamais será correto enquanto a norma não for criada para expurgar esse “mal” que o incomoda. Becker compara esses empreendedores aos cruzados medievais, acreditando que a sua missão é sagrada. Eles querem impor a sua moral aos outros, mas, muitas vezes, têm um fundamento ético e humanitário próprio, querendo, sinceramente, que as pessoas afetadas pelas regras tenham uma vida melhor²⁵⁹. Porém, para chegar ao objetivo do empreendedor moral, costuma-se recorrer a ajuda e, não raro, de pessoas com interesses mais individuais, por exemplo: as pessoas que queriam a libertação dos escravos nos EUA para conseguir mais mão-de-obra industrial; ou os donos de grandes cassinos em um estado norte americano que busca a manutenção da proibição de jogos nos outros estados para não perder boa parte da clientela²⁶⁰. Isso se deve ao fato de que o

²⁵⁷ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 237.

²⁵⁸ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 247.

²⁵⁹ BECKER, H. *Outsiders*, p. 148.

²⁶⁰ BECKER, H. *Idem*, p. 149.

empreendedor está mais preocupado com o fim que deseja atingir do que com os meios²⁶¹, assim, não se importa de buscar apoio de pessoas com outros interesses. Mesmo porque, não raro, essas pessoas necessitam de ajuda especializada para a redação e para caminhar nos trâmites burocráticos.

Aqui entra a principal vantagem dos grupos dominantes no momento da criação de leis. Quando seguem votações para emitir um instrumento normativo, para a criação de um projeto de lei, ou para as sucessivas modificações no texto que será publicado, há um processo que é capaz de influenciar a regra em seu núcleo mais essencial. No momento em que se cria uma regra desfavorável a grupos já oprimidos, estes, normalmente, ficam de forma passiva observando as notícias de que tal norma passará a atuar. Por sua vez, no momento em que se ameaça fazer uma lei que vá prejudicar fortes grupos econômicos, estes podem influenciar profundamente o produto final desta norma²⁶². É a questão do poder de definição, ou seja, quem pode dizer o que é e o que não é “crime”²⁶³ e, portanto, consegue proceder a *criminalização primária*²⁶⁴. Assim, as empresas conseguem mandar diversos representantes ao Congresso para propor novas lei e participar da discussão de projetos em andamento. Há ainda outro fator complementar: as classes empresariais dividem a mesma racionalidade dos parlamentares, sendo os interesses muitas vezes congruentes²⁶⁵. Muitas vezes têm, também, o poder de interferir em políticas públicas que tenham como objetivo a perseguição de atos fraudulentos de empresários²⁶⁶. Inclusive o fato de essas empresas terem o poder de barganhar e buscar a satisfação de seus interesses causa o aumento da corrupção política²⁶⁷.

Duas podem ser as conseqüências de um empreendimento moral bem sucedido. O primeiro é a pessoa que dedicou o seu tempo na árdua tarefa, agora fica sem objetivo, já que o resultado que tanto queria foi alcançado. Assim, não raro o que era uma *preocupação* se torna uma *ocupação*, não ficando satisfeito e buscando novos

²⁶¹ BECKER, H. *Idem*, p. 150.

²⁶² BECKER, Howard. *idems*, p. 145.

²⁶³ BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 128.

²⁶⁴ Algo só passa a ser crime uma vez que foi tipificado. O crime, portanto, é uma criação humana, que atribui uma carga de sentidos a uma conduta abstrata e, posteriormente, concreta, etiquetando-a como crime. A criminalização primária é, então, “o ato ou conjunto de atos dirigidos no sentido de converter uma conduta que antes era lícita, em ilícita mediante a criação de uma lei penal” (CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 103).

²⁶⁵ Não raro os detentores do poder político são também empresários ou mantêm relação próxima com os que possuem o poder econômico.

²⁶⁶ SUTHERLAND, E. H. *White Collar Crime*, p. 128.

²⁶⁷ SUTHERLAND, E. H. *Idem*, p. 93.

empreendimentos para guiar²⁶⁸. O outro, e mais importante para o tema em tratamento, é a criação de uma norma e o respectivo aparato para a sua aplicação²⁶⁹. A classe criminosa abstrata criada pela norma penal, precisa, então, começar a ser preenchida.²⁷⁰ Quase nunca quem aplica as regras é a mesma pessoa que as criou. Assim sendo, com um aparato especializado na aplicação de leis (como a polícia, por exemplo), a concretização da norma é a sua “razão de ser”, ou seja, caso não existissem pessoas cometendo ações delituosas, não haveria um motivo para se manter a polícia de segurança. O conteúdo das regras, então, não costuma ser de importância para quem aplica, por pelo menos dois motivos: por não ser de sua responsabilidade a criação e, portanto, o teor da norma; e em razão de o importante é que exista a regra e sua violação para que a função exercida continue existindo²⁷¹.

Os aplicadores da norma não podem e nem querem acabar com a criminalidade, pois ficariam sem um ofício. Porém, conscientes de que não cabe a eles acabar com todo e qualquer foco de criminalidade e, assim sendo, estabelecem uma ordem de prioridades, sabendo que os outros problemas que não forem observados agora continuarão lá por um longo tempo. Assim, atuam de forma “profissional” sem o messianismo ingênuo daqueles que são responsáveis pela criação das regras²⁷². Esse fator oferece uma larga carga de discricionariedade para os responsáveis pela aplicação da lei.

Isso tudo complementa a noção da cifra negra e mostra como o aparato penal é seletivo. São criados tantos tipos penais, o número de crimes no ordenamento é tão grande que a própria fiscalização e aplicação das regras se torna uma tarefa impossível. O aparato penal pretende, então, “dispor de um poder que não possui”²⁷³. A seguir, veremos então como essas noções se complementam para formar o modo de atuação e seleção do aparato penal.

5. – A vulnerabilidade e a seletividade do sistema penal.

Temos dois planos importantes no campo da atuação do aparato penal: a criação da regra (momento legislativo) e a sua aplicação (momentos executivo e judiciário). A

²⁶⁸ BECKER, H. *Outsiders*, p. 153.

²⁶⁹ BECKER, H. *Idem*, p. 155.

²⁷⁰ BECKER, H. *Idem*, p. 163.

²⁷¹ BECKER, H. *Idem*, p. 155-157.

²⁷² BECKER, H. *Idem*, p. 159.

²⁷³ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 26.

definição do conteúdo cultural de uma regra é altamente permeado pelos conflitos existentes entre os grupos com poder suficiente para definir maiorias legislativas. Isso explica o primeiro plano da seletividade penal, o qual recebe algum tratamento ao se falar das cifras douradas e dos crimes do colarinho branco. O principal, no entanto, é perceber que tal seletividade legislativa é determinante para, de acordo com a lógica do discurso penal, saber se determinada conduta é sequer passível de perseguição criminal. O outro plano da seletividade está, depois de criada a regra, no campo de atuação dos aplicadores, os quais não podendo aplicar todas as regras a todas as condutas que poderiam ser criminalizadas (determinando a cifra negra), atuam selecionando aqueles que serão efetivamente criminalizados. Desses dois planos de seletividade, Zaffaroni trabalha com a noção de vulnerabilidade para o segundo, ou seja, para explicar o critério de atuação e seleção daqueles que serão alvos da aplicação da norma penal.

Considerando que a criminalidade é algo que ocorre de forma geral e, em função do meio aparentemente arbitrário de atuação, pessoas são selecionadas e criminalizadas. A forma mais fácil de reparar o fenômeno é observar os dados estatísticos de penitenciárias e perceber que, se todos cometem condutas tipificadas (ou tipificáveis, por possuir todos os elementos para tal, como as ações nocivas das cifras douradas), a espécie de homogeneidade das pessoas sobre as quais recaem as punições pode ser um indicativo. Um fator responsável é o número excessivo de condutas tipificadas, o que faz com que, para cada uma delas, mecanismos de aplicação sejam criados (o que envolve dispêndio de recursos, fiscalização, planejamento e políticas públicas). Assim, da mesma forma que ocorre para a concretização dos direitos fundamentais, para a atuação do aparato penal também são necessários elementos materiais, já que a lei não se aplica por si só. Como afirma Zaffaroni, “se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado”²⁷⁴. Assim, o aparato estatal não quer e não pode exercer o poder de que pretende dispor sobre tudo aquilo hipoteticamente previsto nas leis penais. Dessa forma, “*a seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade*

²⁷⁴ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 26.

processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem” (grifos no original)²⁷⁵.

A partir dessa constatação bastante séria, o citado autor desenvolve a idéia de *vulnerabilidade* para tentar explicar tal atuação seletiva. Com base na vulnerabilidade o aparato penal seleciona a pessoa e utiliza-a para a justificação do exercício do poder, sendo que “o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto”²⁷⁶. Inclusive a punição de pessoas poderosas (seja um membro do Congresso taxado como corrupto, seja um grande sonegador fiscal) ocorrem quando elas se colocam vulneráveis frente a outro grupo mais poderoso. Tal seleção tem um forte caráter de legitimação e fortalecimento da ilusão de igualdade e atuação geral do aparato penal²⁷⁷.

A *situação de vulnerabilidade* constituída pelos *fatores de vulnerabilidade*, os quais podem ser separados em dois grandes grupos: *posição* (ou *estado*) *de vulnerabilidade* e o *esforço pessoal para a vulnerabilidade*²⁷⁸. O primeiro elemento é de ordem social, correspondendo ao risco de criminalização que a pessoa sofre apenas por pertencer a determinado grupo, classe social, minoria, etc., os quais podem ter maior ou menor influência. Da mesma forma, aqui entra a análise dos estigmas que tem a pessoa em função de características pessoais. Já o *esforço pessoal para a vulnerabilidade* é individual, consistindo no grau de risco em que a pessoa se coloca por praticar determinado ato. O cometimento de um delito aumenta o grau de vulnerabilidade nesse ponto, sendo maior o aumento se for um culturalmente perseguido (como o tráfico de drogas hoje) e menor quando não for tão perseguido (como as violações de direitos autorais por meio de fotocópias). Porém, não apenas os delitos aumentam o grau de vulnerabilidade aqui, mas também o estar em determinado lugar, em determinada hora (o típico “lugar errado na hora errada”). A frequência também tem um papel determinante: a prática de um delito é bem diferente de sua habitualidade.

Todas essas noções são graduáveis e consistem em um feixe de fatores, sendo que “*quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um*

²⁷⁵ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 27.

²⁷⁶ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 268.

²⁷⁷ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 271.

²⁷⁸ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 270.

esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade e vice-versa” (grifos no original)²⁷⁹. Assim, os crimes da cifra dourada que são efetivamente punidos requisitam um alto esforço pessoal de vulnerabilidade, o que não ocorre com quem já parte de uma situação já elevada de vulnerabilidade (como moradores de favelas, por exemplo).

A análise de Zaffaroni enfatiza a vulnerabilidade uma vez que a conduta já foi tipificada, mesmo porque o tipo é pressuposto da pena. Porém, é possível enquadrá-la também no momento legislativo, no qual ocorre a criminalização primária, ou seja, quando a conduta antes lícita passa à categoria de “crime”. Aqui também atua largamente a noção de vulnerabilidade, sendo que grupos que já se encontram em posição de desvantagem, sem a possibilidade de influência política, não conseguem fazer valer seu ponto de vista, sendo prejudicados por quem tem interesses divergentes (por exemplo, no caso de classes antagônicas, como os empresários querendo uma maior extração de lucro e mais-valia e os empregados interessados em melhores condições de trabalho). Aplica-se, então, tanto a posição de vulnerabilidade (daqueles grupos sem privilégios que são prejudicados pelas leis, sem a possibilidade de as influenciar no processo legislativo) quanto o esforço pessoal de vulnerabilidade (pessoas que cometem atos que prejudicam membros integrantes dos grupos capazes de formar maiorias legislativas, gerando a iniciativa de projetos ou o agravamento daqueles já em discussão). O exemplo de classes antagônicas esclarece o primeiro momento, enquanto no segundo temos alguns casos “célebres” em nosso ordenamento. Por exemplo: depois de ocorrido um assassinato de uma atriz de uma grande rede televisiva, iniciou-se um verdadeiro *empreendimento moral* (no sentido exposto por Becker) contra determinados crimes e, rapidamente, foi aprovada a Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Apesar do nome sugestivo, o maior dos “crimes hediondos” é a citada lei: a qual permitiu por muito tempo a negativa de progressão de regimes²⁸⁰, o agravamento de situações já severas, a impossibilidade (ainda alvo de discussões) de fixar o regime inicial de cumprimento da pena em algo distinto do modo fechado, a possibilidade de não se deixar apelar em liberdade (uma sentença condenatória, sem o trânsito com julgado

²⁷⁹ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 271.

²⁸⁰ Art. 2º, § 1º: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

como se o tivesse)²⁸¹, impossibilidade de uma série de outros “benefícios” (anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória). O pior é pensar que os “crimes hediondos” definidos na lei são: homicídio (cometido em atividade de grupo de extermínio e nas formas qualificadas), o latrocínio, extorsão qualificada com a morte, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Assim, a ênfase da lei é, mais uma vez, o patrimônio, pois o homicídio doloso simples não é crime hediondo, mas se envolver o patrimônio, não se pode dizer o mesmo. Da mesma forma, as condutas nocivas das classes dominantes, os grandes desvios de verbas públicas, as grandes sonegações, as imensas violações contra o consumidor, a exploração do trabalho em condições ainda inferiores aos mínimos previstos, etc., não constituem crimes de tal natureza.

Isso mostra a importância de situar a idéia de vulnerabilidade em uma dinâmica de conflito, na qual as relações de poder e as lutas de classes proporcionam uma grande influência. Assim, não é de graça que o proletariado e aqueles que se encontrem em situação ainda inferior (como o exército industrial de reserva ou aqueles que, mesmo querendo, jamais seriam incorporados ao mercado) sejam os principais alvos da criminalização nos dois níveis citados. Ao mesmo tempo em que não podem influenciar as decisões legislativas, recebendo o tratamento legal mais severo, bem como tendo como condutas tipificadas que correspondem às mais comuns em seus grupos dotados de maior vulnerabilidade. O momento legislativo é muito menos observado em razão de uma série de fatores, entre eles por uma suposta “representatividade” do Congresso, por um grau de “legitimidade” conferida ao “legislador”, não se questionando tanto a atividade legislativa quanto a atuação do Judiciário. Este, por ser mais próximo aos juristas, acaba chamando mais a atenção (o que a direciona para a aplicação da lei), deixando-se de lado a própria discussão quanto à opção em criminalizar determinadas condutas em detrimento de outras, bem como a própria forma e conteúdo das leis. Não resta tanta dúvida, então, do caráter político do Direito Penal²⁸² e, em última análise, de todo o Direito.

²⁸¹ Art. 2º, § 2º: “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

²⁸² ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 207.

Isso permite explicar como a “expropriação de mais-valia, na relação capital/trabalho assalariado do modo de produção capitalista, é legal e estimulada, mas se essa apropriação de riqueza ocorre por outras vias fraudulentas ou violentas, é criminosa e punida”²⁸³. É possível observar como determinadas condutas essencialmente iguais podem ser para uns um direito e para outros um crime. Um exemplo está nos crimes contra a honra, mais especificamente na difamação (art. 139 do CP). Se um particular imputa fato ofensivo à honra de outro, incidiria, em tese, nesta previsão típica, mesmo que o fato fosse verdadeiro (salvo no caso de fato imputado a funcionário público, hipótese em que cabe a exceção da verdade). Provavelmente não seria punido com a restrição de liberdade, indo para procedimentos especiais nos Juizados Especiais Criminais. Caso viesse a reincidir, teria um agravamento na punição. Agora, imagine-se que a mesma pessoa incidisse todos os dias nessa conduta, “ofendendo a reputação” de diversas pessoas. De fato, temos algo assim acontecendo todos os dias: os cadastros “protetivos” e restritivos de crédito. Uma pessoa que compra um bem em uma loja, e acaba inadimplindo a obrigação, gera o *direito* à loja de inscrever o nome da parte inadimplente em um desses serviços. Isso gera uma série de ofensas não só a algo abstrato, como a honra, mas também situações fáticas, como a impossibilidade de conseguir empréstimos, compras a crédito, bem como problemas, inclusive, para conseguir emprego, sendo que em muitos casos a inscrição é feita indevidamente (ou porque houve o pagamento, mas a empresa não verificou, ou porque a compra foi feita com documentos de terceiro, etc.). Tal inscrição em um cadastro assim é uma imputação de fato ofensivo à reputação de alguém, mas a conduta que é crime para uns, para o capital é um direito.

Outro exemplo: muitos criticam a existência em nosso ordenamento da prisão civil. Há duas situações em que ela pode ser aplicada: ao depositário infiel²⁸⁴ e ao inadimplente de obrigações alimentícias. Estas obrigações são de ordem tão essencial que o seu inadimplemento coloca em risco a subsistência de outro indivíduo. Porém, o salário não costuma ser alvo dessas discussões. Não é comum ouvir que, pela natureza alimentícia do salário, seu inadimplemento geraria a possibilidade de prisão do empregador, por exemplo. Caso tal situação (atraso no pagamento ou o não pagamento

²⁸³ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, pp. 26-27.

²⁸⁴ Em função de algumas discussões mais recentes, alguns não aceitam tal possibilidade. Ver SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 149-164.

do salário) venha ocorrer, o trabalhador deve agüentar pacientemente e esperar para não perder seu emprego (o que estará diretamente ligado com a sua capacidade de permanecer submisso). Se em uma situação de problemas o empregado que não recebe há alguns meses vier a cometer um furto, não é difícil imaginar que acabe encarcerado (e, conseqüentemente desempregado). “Punidos e (ou) mal pagos”, na expressão de Nilo Batista²⁸⁵. Mais uma vez, a conduta que é sancionada de uma forma para uns, não é tratada do mesmo jeito para outros.

Temos afirmado a existência de dois momentos de seleção capazes de criminalizar. Porém, a seletividade do sistema penal é mais complexa, pois infinitamente ampla é a possibilidade de condutas humanas e, dentro dessa gama, *filtros* são aplicados até a efetiva aplicação da sanção penal. A situação apontada mostra algumas filtragens da atividade seletiva penal. O *primeiro*, na atividade legislativa, seleciona-se quais condutas serão ou não, hipoteticamente, crime, em detrimento de outras. O *segundo*, na ação executivo-administrativa, consistindo na atuação do aparato policial de “segurança”, o qual vigia e autua pessoas de forma seletiva, bem como da polícia judiciária, no procedimento do inquérito policial. Um *terceiro* ao se escolher, com base no inquérito, quem será ou não processado criminalmente (oferecendo ou não a denúncia), sendo que, pela carga simbólica hoje atribuída ao processo-crime, este já é uma sanção em si, com alto grau de estigmatização²⁸⁶, bem como no alto índice de prisões “preventivas”, constituindo uma verdadeira inversão cronológica (a pena antes do julgamento)²⁸⁷. O *quarto* momento de filtragem, de natureza eminentemente judiciária, ocorre ao se condenar definitivamente a pessoa à pena (principalmente a privativa de liberdade). Um *quinto* filtro pode ser apontado na execução da pena, na qual diversos técnicos têm uma ampla gama de poderes para dizer, por exemplo, quem ou não progredir de regime por “bom comportamento”. Em todos esses momentos (sem qualquer pretensão de taxatividade) ocorre uma escolha daquele que será ou não penalizado, sendo a

²⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*, p. 39.

²⁸⁶ Não raro, a racionalidade comum é pensar que o cometimento de um crime é pressuposto para se responder a um processo em âmbito penal. Assim, por muita influência dessa ideologia, os que respondem aos processos são já oprimidos. Isso piora com o Tribunal do Júri, no qual há momentos simbólicos que agravam o estigma. Além da existência da denúncia (o qual pressupõe “indícios” de que a pessoa tenha cometido o fato típico narrado), a pronúncia exige o convencimento do juiz quanto a indícios da autoria do crime e o nome do réu já é lançado no *rol dos culpados*. A pessoa vai ao júri com o rótulo de culpado agravado pelo convencimento de duas pessoas (cf. STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*, pp. 109-112).

²⁸⁷ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 121.

vulnerabilidade um elemento de alta relevância para se observar quem passa pelos diversos níveis (até a efetiva aplicação pena) e quem não é penalizado.

Temos, então uma situação bastante séria: o crime (que não necessariamente tem um grande potencial lesivo, mas que é objeto de uma seletividade) e outras condutas não criminalizadas (mas com alto poder prejudicial à sociedade) são práticas gerais e, em sua grande maioria, toleradas pela sociedade. Quando determinada conduta isolada recebe atenção, principalmente pelo estardalhaço que conseguem fazer os meios de comunicação de massa. A vulnerabilidade dessa pessoa, bem como a daqueles que cometem condutas semelhantes, recebe uma atenção extra, tornando-se “inimigo número um” da sociedade, escondendo as ações realmente prejudiciais e que, não raro, criam fatores bastante fortes para a atuação das atuações dos vulnerabilizados (que poderiam ser evitadas se os danos sociais causados pelas ações dos poderosos fossem evitados).

Essa generalidade da prática criminosa é bastante simples de se explicar, pois o crime nada mais é do que uma conduta que foi selecionada previamente pela lei para nessa categoria ingressar. Assim, não há uma essência universal e imutável de possível aplicação à categoria crime. Tanto que condutas altamente nocivas das cifras douradas não são criminalizadas e outras são. Diversos tipos de ação são selecionados e não têm uma relação entre si: os crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a administração pública, crimes fiscais, contra a honra, etc. Isso é justificado pela doutrina em função do *caráter fragmentário* do Direito Penal, o qual teria o objetivo de tutelar apenas as violações mais nocivas aos bens jurídicos mais relevantes. Percebemos que tal justificativa encobre a prática legislativa que protege os interesses de grupos sociais detentores de poder político e econômico, bem como a tipificação de condutas comuns dos setores mais vulneráveis da sociedade²⁸⁸. Estudar o crime como um objeto em si é uma tarefa, portanto, impossível, pois não se é capaz de enquadrá-los todos em uma categoria única, salvo pela noção formal (*crime é aquilo que a lei define como tal*). Não apenas condutas muito distintas são criminalizadas como a sua prática também envolve um número infindável de contingências: os motivos que levam à prática criminosa, a finalidade a que se visa com o delito, o contexto social, o aprendizado (conforma a teoria da associação diferencial), a cultura em que a pessoa se insere, etc. Cada crime que é praticado é isolado, pois a pessoa que age, a vítima, o contexto de realização da atuação

²⁸⁸ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 45.

delituosa, a política legislativa e de aplicação de determinada norma penal, dentre vários outros, são elementos altamente variáveis. Dada a impossibilidade de agrupar a categoria crime, a nossa atenção é voltada para um outro local: o cárcere. Apesar dessa grande variação do fenômeno criminoso, a população que sofre a pena privativa de liberdade tende a uma homogeneidade muito maior. É possível perceber o número de pessoas oriundas de classes sociais mais baixas, com dificuldade de inserção no mercado de trabalho, com péssima formação escolar, etc. Dessarte, *este não é um trabalho de análise do fenômeno criminoso em si (apesar do necessário vínculo), mas um estudo sobre a prática punitiva.*

Não apenas a vulnerabilidade expõe a seletividade. Cita-se o exemplo exposto por Juarez Cirino dos Santos, o qual explicita a relação prisão-mercado, São dois elementos que se condicionam em duas vias: enquanto o desemprego influencia o nível de encarceramentos; o número de sanções penais aplicadas também influencia no controle da proporção do exército industrial de reserva²⁸⁹. Em última análise, essas noções contribuem para reparar a *inexistência de relação necessária crime-punição*: nem todo mundo que é punido criminalmente cometeu um crime e, de forma ainda mais gritante, nem todos que cometem crimes são punidos penalmente²⁹⁰.

Isso tudo chama a atenção para *quem* é o vulnerável e qual o *destino* que ele terá. A este último elemento já podemos antecipar a resposta, que é o momento “lógico” que segue hoje da condenação criminal: o cárcere. Assim, devemos nos questionar sobre o grau de influência que tem a seletividade sobre a função da prisão e vice-versa – o grau de influência do cárcere sobre a forma de escolher os indivíduos que para ele rumam – e, como elemento ainda mais importante e mais implícito, nas relações de poder existentes em toda essa atuação. Para tal, algumas outras noções deverão ser desenvolvidas, as quais serão objeto do capítulo seguinte.

6. – Conclusões gerais do capítulo.

Considerando que não existe um *ethos* criminoso, o paradigma etiológico foi duramente criticado e os estudos da criminologia foram voltados para outros elementos em torno da criminalidade. Percebeu-se como a criação das normas penais (e, portanto, a

²⁸⁹ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, pp. 70-71.

²⁹⁰ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, p. 70.

determinação cultural de seu conteúdo, bem como a seleção hipotética daquilo que é ou deixa de ser crime) e sua aplicação têm um papel preponderante na criminalidade. Somado a isso, sabe-se que a sociedade não é um todo consensual, mas um aglomerado complexo de diversos grupos, os quais muitas vezes possuem interesses conflitantes. As relações de poder (econômico e político) proporcionam uma grande capacidade, então, para determinar a criação legislativa de regras, bem como na determinação de políticas públicas para sua concretização, ou não. Assim sendo, isso explica a razão para as diversas condutas das cifras douradas não serem perseguidas criminalmente ou para não figurarem no rol de condutas típicas. As relações de classe, não ignorando o âmbito das relações de produção, têm alta relevância para o estudo e aprofundamento das noções de poder e sua influência no plano penal. Diversas correntes, então, complementam-se para mostrar a incongruência do discurso jurídico-penal.

Diversas noções (como a relatividade da norma, a cifra negra, a cifra dourada, o teoria dos estigmas, a noção de associação diferencial, etc.) apontam para várias falhas na atuação penal. Temos, então, a capacidade de reparar a seletividade do Direito Penal em dois planos de atuação: na criação da norma (com os grupos dotados de poder conseguindo escolher qual conduta será ou não objeto de tratamento legislativo) e em sua aplicação (com os aparelhos executivo e judiciário atuando em conjunto e filtrando tal seleção em dois pontos consecutivos). A noção de vulnerabilidade é capaz de esclarecer a forma como ocorrem “vitórias” e “derrotas” no conflito de interesses pautados pelas relações de poder, sendo selecionado aquele que se apresenta vulnerável ao aparato penal (tanto na criação, por não conseguir formar maiorias legislativas, quanto na aplicação).

Isso tudo aponta para o fato de que o crime não é algo homogêneo (tanto na seletividade legislativa, quanto com relação à aqueles que praticam a conduta típica), impossível de um enquadramento mais geral para sua análise. Tal situação faz com que uma análise geral do fenômeno criminoso seja sempre bastante falha. No entanto, apesar dessa característica caótica do crime, a aplicação da pena prisional tende a afetar uma parcela social mais específica, o que nos leva a observar, então, a prática punitiva.

Apesar de tudo isso contribuir para uma severa crítica ao Direito Penal, existem incongruências ainda maiores (sendo uma delas o tema central deste trabalho) que serão trabalhadas no momento seguinte. Em última análise, o que deve ficar deste capítulo é:

quem comete crime não é o mesmo que é punido penalmente. Conforme será reparado, aquele que é punido com a pena de privação de liberdade é prova de uma dupla falha.

Capítulo III – O paradoxo penal: denúncia de uma prática de dominação

“Um ponto que eu quero gravar aqui é a curiosa dificuldade que eu mesmo tenho de me sentir inocente. Eu acho muito fácil aceitar a noção de que eu estou pagando pelo mesmo tipo de faltas imputadas aos outros homens aqui, e devo me lembrar de tempos em tempos que um governo que realmente acredita em liberdade de consciência não deveria colocar homens na prisão por praticá-la. Conseqüentemente, a indignação que sinto com relação às práticas prisionais não é a indignação do inocente perseguido ou a do mártir, mas a do culpado que sente sua punição ser além de seu merecimento e *infligida por aqueles que não são, eles mesmos, livres de culpa*. Esse último ponto é aquele que todos os internos sentem fortemente, e é a fonte do profundo cinismo que perpassa a prisão”²⁹¹.

1. – A perda de legitimidade do Direito Penal.

No âmbito penal, diversas são as construções teóricas que tentam justificar e legitimar o exercício do poder estatal sobre um nível tão fundamental do ser humano, alcançado com a pena. Porém, muitas são as críticas feitas ao discurso penal, buscando a desconstrução daquilo exposto teoricamente que não se sustenta em níveis práticos ou na própria análise teórica do sistema que tentam construir. Percebemos como diversas noções expostas pela criminologia auxiliam na tarefa de reparar diversas falhas do discurso penal.

O Direito Penal, de forma bastante reduzida, é um ramo do Direito, o qual dispõe do *instrumento sancionatório mais severo do ordenamento jurídico*. Assim sendo, apenas atua para *coibir as condutas humanas mais nocivas*. Tal sanção se presta a

²⁹¹ Depoimento de um presidiário a Erving Goffman. Cf. GOFFMAN, E. *Asylums*, pp. 57-58. Tradução livre de: “*a point I want to record here is the curious difficulty I have in feeling innocent myself. I find it very easy to accept the notion that I am paying for the same kind of misdeeds as those charged to the other men in here, and I must remind myself from time to time that a government that actually believes in freedom of conscience should not put men in prison for practicing it. Consequently, what indignation I feel toward prison practices is not the indignation of the persecuted innocent or the martyr, but of the guilty who feels his punishment to be beyond his deserts and inflicted by those who are not themselves free of guilt. This latter point is one that all the inmates feel strongly, and is the source of the deep cynicism that pervades the prison*”.

alguma *finalidade* e é pautada por diversos *princípios*, tudo isso em tese. O que pretendemos observar com esta seção é exatamente a desconstrução de alguns pontos específicos daquilo afirmado, sempre em tese, pelo discurso doutrinário. O próprio objetivo aqui visado é amplo e daria margem a um trabalho que poderia versar apenas sobre o tema em questão. Por isso, resumiremos o tratamento apenas para mostrar como o Direito Penal é produzido e reproduzido, seja academicamente – nas aulas de cursos de graduação e outros mais especializados – ou na prática forense.

Podemos começar com a questão da legalidade. Hipoteticamente, dada a relevância do Direito Penal, todas as condutas passíveis de punição neste campo devem estar previstas em lei. Além disso, toda a atuação é pautada legalmente, desde as formas de noticiar o crime, sua investigação pelo inquérito policial, o processo penal válido e devido como meio necessário e imprescindível à aplicação da pena. Assim, com base em Zaffaroni, podemos separar a *legalidade penal* (o uso de *ius puniendi* deve ocorrer dentro dos estritos limites fixados para a possibilidade de punir) e a *legalidade processual* (o fato de que o sistema penal deve atuar em todos os casos em que se tem a prática de um crime, sem qualquer exceção, tudo nos limites fixados em lei)²⁹².

Com relação à *legalidade penal*, sabemos que as punições não ocorrem dentro dos limites legais. Tão severa quanto a pena são as sanções simbólicas que atuam de forma altamente imbricada com o aparato penal. Os estigmas são um forte exemplo do que se quer aqui mostrar. O próprio estigma é dotado de força punitiva, sendo que muitas vezes diversos mecanismos são usados para escapar deles, como a fiança²⁹³, as formas de tentar jogar determinadas condutas para procedimentos cíveis ou a manipulação das informações veiculadas nos meios de “comunicação”²⁹⁴. Apesar de se afirmar que a pena não passará da pessoa do condenado, uma pessoa presa que é fonte de renda familiar prejudica toda a família. Esta, igualmente, sofre preconceitos em função de ter um membro preso ou ex-presidiário. Assim, diversos mecanismos extralegais atuam socialmente, tornando vulneráveis pessoas em um movimento complexo: tanto aqueles que se apresentam vulneráveis antes da atuação penal, aumentando as chances de seleção; aqueles que são selecionados são vulnerabilizados, o que aumenta ainda mais as chances de nova seleção. Essa atuação, no entanto, apesar de ser bastante presente, não é

²⁹² ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 21.

²⁹³ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 175.

²⁹⁴ SUTHERLAND, E. H. *White collar crime*, pp. 52-54.

prevista como forma legal de punição. Não raro, o simples fato de a pessoa responder no pólo passivo de um processo penal já é uma pena em si. Os efeitos simbólicos sobre a pessoa são altamente nocivos.

Ao tratar da *legalidade processual*, podemos afirmar, usando as noções do interacionismo simbólico de Fritz Sack que a atuação do aparato penal não se dá conforme as previsões legais, mas por um sistema de meta-regras que envolvem os estigmas e diversas outras pré-compreensões simbólicas culturais. Assim, quando policiais selecionam determinado grupo para que seja objeto de revista, quando determinada conduta é tida como insignificante em detrimento de outras, etc., há sempre uma atuação para além da lei, ou seja, determinados grupos são selecionados com maior probabilidade e com atuação mais vigorosa, apesar de que todos devem ser “igualmente vigiados”. Ao mesmo tempo em que há essa atuação além da lei, há outra aquém da legalidade. Um exemplo observável está na já citada *cifra negra*. Existe, então, uma atuação do aparato penal em um número de condutas que, apesar de tipificadas, não são perseguidas ou não chegam ao conhecimento do poder público. Tem-se uma situação ainda pior: não é que seja algo nocivo a atuação limitada do Direito Penal, não é sequer desejada, ou desejável, a criminalização total, pois, se assim fosse, teríamos sanções penais recaindo em quase toda a totalidade dos habitantes nacionais²⁹⁵. Assim, ao se afirmar que deve haver a criminalização de todos aqueles que cometem uma ação típica e, ao mesmo tempo em que se banalizam as tipificações (criando excessivos tipos penais, o que permite aumentar as arbitrariedades na seleção), o Direito Penal pretende dispor de um poder que não possui, o que é usado, na verdade, para esconder o poder que exerce²⁹⁶. Pode-se, então, atuar no momento mais conveniente e contra aquele que desejar. Então, segundo Zaffaroni, “a seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal”²⁹⁷.

Ainda podemos citar outras formas de atuação ilegal que a própria estrutura penal acaba proporcionando²⁹⁸. Primeiramente, com a ampla duração dos processos,

²⁹⁵ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 26.

²⁹⁶ ZAFFARONI, E. R. *Idem, ibidem*.

²⁹⁷ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 27.

²⁹⁸ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, pp. 27-28.

temos a banalização das prisões “preventivas”, as quais acabam sendo a verdadeira pena, não raro durando mais tempo do que a pena máxima cominada à conduta em abstrato. A forma de se aplicar a dosimetria da pena, por ser avaliada com base em elementos lingüísticos e pessoais (ou seja, humanos, incompletos e condicionados por diversos fatores), acaba sendo altamente discrepante de juiz para juiz, da mesma forma como as avaliações dos chamados “danos morais” (a diferença fundamental é que a pena tem um efeito incomparavelmente maior sobre as pessoas). Outro exemplo que pode ser exposto diz respeito às cominações em abstrato, as quais são feitas de forma arbitrária, gerando diversas incoerências.

Apesar de a legalidade ser um elemento basilar no Direito Penal, percebe como ela é amplamente violada, sendo que diversas vezes, como se percebe, a própria estrutura legal impossibilita a atuação dentro dos parâmetros da lei. A legalidade não é o único elemento alvo de críticas pelos criminólogos. Do art. 59 do Código Penal²⁹⁹ é possível perceber alguns dos elementos que fazem parte do discurso jurídico-penal. A pena é, então, estabelecida “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Tal dispositivo é de suma relevância, pois daí é possível reparar de onde o discurso doutrinário atribui que a pena deve, no sistema penal vigente, ter função *retributiva* (mostrando a reprovação “social” diante da conduta) e *preventiva* (evitando que o *agente* – prevenção especial – e *outros* – prevenção geral – venham a cometer tal conduta novamente). Inicialmente, dedicaremos atenção à noção de culpabilidade.

Do art. 29 do CP³⁰⁰ é possível perceber que no ordenamento nacional, a culpabilidade “funciona como *elemento de determinação* ou de *medição* da pena”³⁰¹. Isso não ocorre apenas na doutrina nacional. Jescheck, por exemplo, explica que o princípio da culpabilidade garante que não exista pena sem culpa, bem como a pena só é aplicada na medida da culpa (“*keine Strafe ohne Schuld, Strafe nur nach dem Mass der*

²⁹⁹ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

³⁰⁰ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

³⁰¹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 607.

Schuld”) ³⁰². Porém, as noções de culpabilidade são atacadas constantemente, havendo quem diga que a culpabilidade é um conceito cada vez mais vazio ³⁰³, sendo necessário torná-lo mais preciso ³⁰⁴. Questiona-se: é possível sequer tornar a idéia de culpabilidade mais precisa? Do ponto de vista lingüístico, sabemos que, enquanto criação humana, será sempre elemento incompleto e condicionado. Porém, as criações lingüísticas podem ser instrumentos que influenciam a ação humana, sendo possível um condicionamento mais ou menos indeterminado (nunca a certeza abstrata pretendida na modernidade e que até hoje gera seus reflexos). É possível, então, criar noções culturais em torno da culpabilidade para tentar influenciar ações humanas mais em um sentido e menos em outro.

Não é a crítica lingüística à abertura do termo *culpabilidade* que devemos nos ater aqui. É comum ver a afirmação de que a inserção da noção de culpabilidade no Direito Penal foi uma vantagem, resultando maior “humanização”, enquanto negação da responsabilidade penal objetiva (ou seja, observado determinado resultado imputado a um autor, não se questionava sobre a vontade e sobre a possibilidade de determinação da pessoa de acordo com tal vontade) ³⁰⁵. Assim, para que a pessoa possa sofrer um juízo de censura é necessário que ela tenha *consciência da ilicitude do fato* e que, consciente de tal elemento reprovável, atue de acordo com sua vontade para agir de tal forma ³⁰⁶. Há diversas discussões sobre outros elementos, mas a questão da consciência da ilicitude e a vontade de agir de forma que se sabe reprovável é o fundamento da culpabilidade apontado pelo discurso jurídico penal. Caso tal fundamento seja derrubado, perdem sentido as polêmicas em torno de questões outras que pressupõem como válido o fundamento primeiro.

O principal erro dessa idéia de uma “consciência da ilicitude do fato” é pressupor que uma homogeneidade social que aceita como válidos todos os acordos legislativos ou estes como representantes de todos os grupos componentes da sociedade. Conforme vimos, esta é composta por diversos conjuntos de pessoas, muitas vezes amplamente conflitantes, e que os consensos legislativos não são neutros e, muito menos,

³⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*, p. 01:2.

³⁰³ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 14-15.

³⁰⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 38.

³⁰⁵ TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 255.

³⁰⁶ TOLEDO, F. de A. *Idem*, p. 256.

representativos. Assim, a idéia de uma ilicitude aceita de forma homogênea é posta em xeque pela teoria das subculturas sociais. Esta “nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura)”³⁰⁷. Quando a persecução de determinados fins pelos meios reconhecidos e legitimados pelo sistema é negada a diversos grupos, estes passam a procurá-los com outros instrumentos e fundamentados em outras regras (vigentes internamente nas comunidades). Isso coloca em crise a noção de que as condutas tipificadas são resultantes de um consenso geral, sendo que o juízo de reprovação é fruto de um sistema de valores dominantes, impostos a todos, quer comunguem com tal axiologia ou não³⁰⁸. Além disso, o citado sistema de valores é resultado de uma racionalidade presente em um tempo, a qual, em função das noções codificadoras, pretende regular uma sociedade imutável e fruto de um consenso universal. Os grupos sociais são compostos por pessoas, sendo a cultura ali produzida e reproduzida sempre dinâmica; da mesma forma, são coexistentes em uma mesma localidade, o que, em função de valores e interesses distintos e, não raro, conflitantes, não são homogêneos. Assim, as condutas previstas em 1940 pelo grupo então dominante e não representativo de todas as coletividades são aquelas que fundamentam os juízos de reprovação ainda hoje. Não consegue subsistir a idéia de culpabilidade, enquanto censura feita a condutas que violam valores com pretensão de universalidade.

Os valores que fundamentam são sintetizados enquanto bens jurídicos. Já reparamos como a distribuição das sanções ocorre de forma irregular de acordo com o tipo de “bem jurídico” (ou valor) envolvido. A própria organização dos tipos penais mostra a inexistência de neutralidade na seleção dos “valores” que serão protegidos e a intensidade de sua defesa. A noção mesma de bem jurídico cai por terra, junto com a culpabilidade, quando reparamos que a seletividade e proteção de cada um deles é condicionado a diversos fatores e interesses de ordem humana. A caracterização e seleção de algo como um bem jurídico tem caráter classista, não sendo possível separar tal noção das dinâmicas de classes, dos diversos grupos conflitantes existentes na sociedade³⁰⁹. Tendo em vista que a propriedade privada é o bem jurídico alvo de maior

³⁰⁷ BARATTA, A. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*, p. 73.

³⁰⁸ BARATTA, A. *Idem*, p. 74.

³⁰⁹ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 52. Ver também: STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*, p. 32.

proteção no ordenamento jurídico, o que não é diferente no Direito Penal. Temos protegido o direito de propriedade e não o direito à propriedade, ou seja, temos garantido que, uma vez adquirida, teremos todo o vigor do ordenamento para proteger esse bem. Porém, se não se tem propriedade, não há um direito a se ter propriedade³¹⁰. Assim, quem tem mais propriedade, tem uma maior proteção do ordenamento jurídico, enquanto que quem nada tem, fica restrito a uma proteção mínima do Direito. Pergunta-se, então, junto com Nilo Batista se a tutela penal dos crimes contra a propriedade “atende igualmente ao interesse de proprietários e de não-proprietários”³¹¹.

Aqueles que não dividem os valores hegemônicos da sociedade têm uma proteção nula ou reduzida de seus interesses. Da mesma forma, culturas que percebem como válidas as violações a determinados valores dominantes não apenas tem a proteção rejeitada, como seriam perseguidos se descobertos. Como exemplo desses grupos, podemos citar culturas poligâmicas ou algumas religiões que, em seus cultos, fazem o uso de determinadas substâncias que têm sua circulação e uso vedados e criminalizados. Como conseguem manter as noções de bem jurídico (enquanto valores universais comungados por todos os grupos sociais) e culpabilidade (o juízo de reprovação sobre uma conduta que viola um bem jurídico) no discurso jurídico-penal? Considerando a seletividade e a violação da legalidade pelo próprio sistema, as próprias classes dominantes usam uma aparência de legalidade para violar a lei, ou seja, violam os valores que eles mesmos defendem e impõem aos outros³¹².

Retornando à idéia do art. 59 do CP, temos que a pena deve ter a função de reprovar a conduta (crítica já feita à idéia de culpabilidade) e de prevenir a ocorrência de novos crimes. Na questão da prevenção, a doutrina costuma fazer o trabalho de separação entre a prevenção geral e a especial. A *prevenção especial* tem relação com a idéia de evitar que novos crimes venham a acontecer, praticados por um condenado. Isso pressupõe uma pessoa que já praticou (pelo menos assim foi considerado depois de um processo) um crime e que houve a sentença condenatória. Tal instrumento atua sobre o

³¹⁰ Note-se que isso é algo que vem sofrendo gradativas mudanças. Porém, as próprias modificações não colocam em xeque a racionalidade proprietária e egoísta vigente. Pelo contrário, a própria afirmação de alguns em favor de um direito à propriedade (como boa parte do programa da “reforma agrária”) na verdade apenas torna o não-proprietário um proprietário, o qual passará a reproduzir os valores vigentes do capital. Provavelmente a questão não está em distribuir a propriedade, mas mudar concepções sociais egoístas, de negação da alteridade.

³¹¹ BATISTA, N. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, p. 57.

³¹² SUTHERLAND. E. H. *White collar crime*, pp. 82;120.

indivíduo em questão de duas formas. A primeira é a *prevenção especial negativa*, ou seja, retira-se a pessoa do convívio social, isolando-o para que não venha, durante o período de privação de liberdade, a cometer outro crime. Além do citado meio, há a chamada *prevenção especial positiva*, a qual atua para evitar novos crimes após o cumprimento da pena. Trata-se de inserir uma determinada ideologia no condenado e oferecer algumas poucas chances de conseguir uma certa “inserção social”³¹³.

Além da dimensão especial de prevenção, temos a sua faceta geral. Esta não afeta o indivíduo sancionado com a pena, mas, com esta, tem um efeito mediato em toda a sociedade. Da mesma forma que a prevenção especial, tem uma dimensão negativa e outra positiva. *Aquela* é produto de concepções bastante comuns na modernidade. Consistiria na afirmação de que, o ser humano como animal racional, teria a capacidade de ponderar seus atos e suas conseqüências. Assim, a pena como resultado lógico do crime seria um fator inibidor para toda e qualquer pessoa que pensasse em praticar um crime. Nesse caso, há a possibilidade de aumentar o rigor da sanção (mesmo que nem todos os que cometem crimes sejam sancionados), para que, dessa forma, a pessoa fique intimidada com o risco que corre caso seja selecionada. Por outro lado, é possível não ser tão rigoroso ao punir, mas aumentar a certeza da punição. Nesse caso, se todos os que cometessem crimes fossem punidos, a ameaça da pena teria um efeito inibidor muito maior. A ênfase recaía na certeza da punição e não em sua severidade³¹⁴ “O que importa é que nenhum crime conhecido fique sem punição”³¹⁵. A *atuação positiva da prevenção geral* pode ser dividida em duas fundamentações teóricas principais. As duas, tanto com Roxin, quanto com Jakobs, têm a finalidade de representar a pena como forma de garantir a obediência ao Direito, garantindo a confiança no ordenamento, enquanto meio de controle social³¹⁶.

Todas essas noções têm enormes problemas e incongruências práticas e teóricas. Primeiramente, a prevenção especial negativa no contexto atual já não mais pode ser pensada com tanta facilidade. A corrupção policial, os meios tecnológicos e inúmeros outros fatores possibilitam que, mesmo encarcerados, as pessoas continuem cometendo atitudes delituosas. A crítica à prevenção especial positiva será desenvolvida ao longo

³¹³ SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal*, pp. 457-458.

³¹⁴ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 78.

³¹⁵ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*, p. 37.

³¹⁶ SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal*, pp. 459-461.

deste capítulo. Podemos adiantar que, não é a imposição de valores alheios ao indivíduo que fará com que ele deixe de “cometer crimes”. Com relação à prevenção geral negativa, ao aumentar a pena como forma de intimidação, significa que “*acusados reais* são punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de *acusados potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais”³¹⁷. Assim, seria algo como o próprio discurso reconhecer que a pessoa será punida além de sua “culpabilidade”, ou seja, além do juízo de reprovação feito com base nos valores que fundam o aparato hegemônico. Quanto ao desejo dos modernos de punir todas as condutas criminosas, sabemos que um volume muito inferior ao das condutas tipificadas é realmente perseguido e sancionado. Sem contar que os *comportamentos socialmente negativos*, ou seja, aquelas condutas (tipificadas ou não) que mereceriam alguma atenção em função da relevância às necessidades de cunho individual ou coletivo³¹⁸, não são, muitas vezes, alvo de tipificação. A prevenção geral positiva pode ser criticada como uma forma de colocar a pena e o Direito como fins em si mesmos. Assim, se os tipos fossem simplesmente abolidos, não haveria necessidade de sancionar para recuperar ou reforçar crenças em um Direito inexistente.

Em síntese, a própria prevenção desejada com a pena não é atingida. O índice de reincidência é uma das principais mostras desse fato. Na Penitenciária de Florianópolis no ano de 1994 a população carcerária era de 354 presos, sendo que destes 172 eram reincidentes (ou seja, mais de 50%)³¹⁹. O estudo de Foucault sobre a instituição carcerária mostra como os presídios não retiram, mas inserem a pessoa em um ciclo de criminalidade da qual não consegue sair³²⁰. Esta questão será melhor desenvolvida adiante, mas é válido citar para ter a idéia de que a pena não é um meio de prevenção do crime, pelo contrário, uma vez dentro da prisão, as chances de para ela voltar são maiores. O próprio cárcere fabrica delinquentes³²¹.

Um outro princípio muito caro ao Direito Penal é o da igualdade. Enquanto elemento tratado em diversas obras, não pretendemos entrar em questões do tema, seja no seu âmbito formal ou em sua dimensão material, as quais nos levariam a reflexões muito

³¹⁷ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, p. 460.

³¹⁸ BARATTA, A. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*, p. 98.

³¹⁹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão*, p. 137.

³²⁰ Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 215 e ss.

³²¹ FOUCAULT, M. *Idem*, pp. 221-223.

distantes do aqui discutido. Queremos suscitar aqui o tratamento claramente desigual que o Direito Penal proporciona em seu atuar.

Percebemos que algumas das noções basilares no Direito Penal, como legalidade, culpabilidade, bem jurídico, prevenção e isonomia são elementos claramente violados e que não se sustentam com uma observação prática e teórica mais atenta. O que está acontecendo é uma “crise” nesse ramo do Direito, expressão essa entendida como “uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal”³²². Diversos das idéias aqui expostas remetem a teorias que contribuíram e contribuem amplamente para a desmistificação do discurso jurídico-penal que tenta encobrir uma prática de dominação. Dentre elas, podemos citar “*a criminologia da reação social em suas vertentes interacionistas, fenomenológicas, marxistas dos autores que trabalham teoricamente a partir da eficácia deslegitimante dos anteriores, as de Foucault (...) e, mais recentemente, as contribuições da criminologia da economia dependente*” (grifos no original)³²³. Precisamos prestar atenção ao fato de que as construções teóricas em âmbito penal têm uma influência social fortíssima, sendo que, em nossa posição marginal latino-americana, podemos observar pelos próprios fatos que se nos apresentam quotidianamente³²⁴. Observando o que se tem feito para reproduzir o conhecimento penal atualmente, principalmente a doutrina padrão, vemos que, diante da citada crise, o discurso jurídico-penal, e suas nefastas conseqüências, “torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder”³²⁵.

Com base em apenas alguns dos muitos fatores problemáticos em âmbito penal, devemos questionar se diante das afirmações sobre a *legalidade*: como pode um aparato que não atua legalmente punir outros em função da violação da lei? Com relação à *culpabilidade* e o *bem jurídico*: considerando que estamos em uma sociedade composta por grupos plurais, como fundamentar a punição com base em valores de grupos dominantes? Tocando no ponto relativo à *prevenção da prática de crimes* e à *igualdade*: se a pena não previne crimes e incide de forma desigual, qual a função da pena?

³²² ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 15.

³²³ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, pp. 68-69.

³²⁴ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, pp. 38-39.

³²⁵ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 15.

2. – Visões de mundo e as práticas de dominação homem-homem.

Não podemos iniciar o tratamento central deste trabalho sem antes desenvolver uma noção de suma importância: a *ideologia*. A expressão foi cunhada por Destut de Tracy, em 1808, o qual a utilizou como uma forma de representar a ciência das idéias, ainda calcado em um ambiente positivista. Posteriormente, Napoleão, em polêmicas com Tracy e alguns enciclopedistas, acusa-os de “ideólogos”. Esse uso foi dado para expressar filósofos metafísicos desvinculados de realidade concreta³²⁶. Tal acepção do termo foi difundida, até que, em meados do século XIX, Karl Marx retoma a expressão de forma peculiar.

O citado autor ofereceu uma primeira visão na obra intitulada *A ideologia alemã (Die deutsche Ideologie)* e, posteriormente, amplia a noção em. O sentido atribuído à noção por Marx tinha relação com “um sistema de idéias, de representações que domina o espírito de um homem ou de um grupo social”³²⁷.

A noção de ideologia deve ser vista a partir de um duplo viés: uma forma imaginária, a representação que fazemos da realidade; e uma concepção material, concreta, de ideologia, a qual gera conseqüências objetivas e reais. Com relação à primeira tese, Althusser a enuncia da seguinte forma: “a ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência”³²⁸. Com relação a essa primeira tese, podemos ressaltar

O termo ideologia é usado com diversas acepções e consiste em um tema bastante complexo que não poderá ser aqui aprofundado³²⁹. Usaremos, no entanto, uma acepção possível, mas que requer alguns breves esclarecimentos para evitar eventuais confusões com relação ao termo. Adotaremos a posição de Enrique Dussel, o qual explica que a ideologia é “um conjunto de expressões semióticas que encobrem a dominação”³³⁰. Trata-se, mais especificamente, do encobrimento de uma prática de dominação *homem-homem*. Usa-se uma série de elementos de criação humana para ocultar o que na verdade é usado para dominar outros seres humanos.

³²⁶ LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*, p. 10.

³²⁷ ALTHUSSER, Louis. *Posições 2*, p. 75.

³²⁸ ALTHUSSER, L. *Idem*, p. 79.

³²⁹ Para uma leitura do tema, ver LÖWY, Michel. *Ideologias e Ciência Social*, pp. 10-34. Cf. também a dissertação de FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e história*, pp. 86-89; 101-103.

³³⁰ DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação*, p. 171.

Há uma série de níveis em que a atuação ideológica pode ser percebida, mas normalmente é utilizada sem a consciência dos atuantes no processo. É uma forma de manipulação do poder, principalmente, a nível *condicionado*, é interiorizado e assumido como natural³³¹.

Como tendem a ser penalizados certos grupos sociais mais vulneráveis, o próprio papel do cárcere é voltado para tal população. Se as práticas de criminosos do colarinho branco não são punidas, não faz sentido imaginar que a prisão serviria para ensinar uma postura ética ao empresariado. Assim, para entendermos a forma de incidência do paradoxo penal enquanto prática de dominação, devemos observar as funções do cárcere. Seu tratamento será dado no tópico seguinte.

3. – Algumas considerações sobre o cárcere moderno e atual.

A prisão, como instituição moderna, não pode ser entendida se não a observarmos desde a sua criação. Com o crescimento das indústrias têxteis, os grandes donos de terra começaram a mudar o uso dado às suas terras. Para a adequação ao capital emergente, a política de acumulação começou a ganhar mais força, ou seja, enquanto antes se tinha uma produção agrícola voltada à subsistência, iniciou-se a criação de gado ovino para a venda de matéria prima às indústrias manufatureiras. Para tal, não era tão necessário um número elevado de trabalhadores para cuidar do gado. Houve, então, uma expulsão de um enorme contingente de camponeses, os quais, se viram obrigados a buscar outro lugar para fornecer a única coisa que tinham: a mão-de-obra. As cidades com uma indústria crescente e necessidade de trabalhadores, com um desenvolvimento já em nível que chamava a atenção, foi o destino mais comum dessa turba. As terras então foram cercadas com uma dupla finalidade: para evitar que o gado saísse e para não deixar camponeses entrar³³².

Tinha-se, então, uma grande massa de gente destituída da única coisa que sabia fazer: cuidar da terra. O vínculo com a zona rural era bastante forte, inclusive culturalmente. Porém, o elemento cultural não foi o único que tornou a experiência difícil. A separação de forma declarada entre aqueles que trabalhavam e aqueles que

³³¹ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*, pp. 25-26.

³³² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*, pp. 34-35.

possuíam o aparato para a produção de bens com valor econômico (meios de produção) foi um desses fatores.

O êxodo para as zonas urbanas gerou o aumento considerável da massa de desocupados, mendigos, vagabundos, bandidos, ou seja, pessoas forçadas a vagar sem rumo, dependendo de doações ou atividades ilícitas para sobreviver. A necessidade por mão-de-obra era bastante elevada, mas muitos camponeses, ainda deslocados, não tinham a formação para operar as máquinas presentes nas fábricas. O jeito mais fácil para se solucionar ambos os problemas foi criar “casas de trabalho”, assim, poder-se-ia começar a formação do contingente proletário necessário e, ao mesmo tempo, a massa de pessoas que o sistema não era capaz de absorver era retirada das ruas³³³.

Porém, para poder entender o fundamento para a criação das casas de trabalho e sua justificativa ideológica em torno do labor, é necessário dedicar um espaço para a própria mudança da racionalidade religiosa da época. A religião tinha um papel bastante forte enquanto elemento superestrutural na formação da racionalidade social. Porém, o cristianismo tinha algumas peculiaridades que constituíam verdadeiras barreiras ao desenvolvimento do capital. No período medieval a pobreza era tida como algo virtuoso. Em função do caráter contemplativo das doutrinas religiosas, a efemeridade da vida terrena enquanto rito de passagem para algo além, ou seja, as questões voltadas à espiritualidade colocavam a pobreza em uma situação privilegiada: por constituir a impossibilidade de apego a bens materiais, era bem vista. O medieval não apenas tolerava a mendicância. Esta era realmente venerada, tanto que existiam as seitas mendicantes e, da mesma forma, os mendigos não vinculados ao clero também permitiam o exercício de “boas ações”, na forma de caridade, por parte daqueles que se dispunham a tal³³⁴. Assim, “havia espaço tanto para o pobre, vivendo de esmolas, quanto para o poderoso, vivendo dos ganhos da propriedade e capaz de realizar suas obrigações Cristãs e para promover auto-justificação aos olhos de Deus por praticar boas ações”³³⁵. Assim, a atuação da Igreja, a sua acumulação de propriedade era justificada em pela atuação em favor dos pobres, idosos e doentes.

³³³ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 39.

³³⁴ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 34.

³³⁵ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem, ibidem*. Tradução livre de: “*there was room both for the poor, living on alms, and for the mighty, living on the income from property and able to fulfill their Christian obligations and to justify themselves in the eyes of God by doing good works*”.

Ao longo do século XVI, a visão com relação à mendicância começou a sofrer diversos ataques. Um dos argumentos apontados tinha relação com o aumento do fenômeno em função de pessoas que, por não conseguir trabalho, começavam a pedir esmolas. Somado a isso, era afirmado que a caridade sem limites poderia se tornar perigosa, em função da incapacidade de lidar com o fenômeno do desemprego³³⁶. A doutrina tomista já reconhecia o trabalho não como fator essencial da vida humana, mas necessário à sua manutenção. Porém, a sociedade era vista enquanto elemento estático: mesmo que alguém fosse forçado a trabalhar para viver, fazia-o apenas com tal finalidade, não almejando ascensão social. A burguesia, no entanto, conseguiu prosperidade e crescimento social por meio da indústria. Assim sendo, “é altamente duvidoso se a sua estrada para a riqueza e o poder pode ser comparada com o trabalho necessário de um membro da classe inferior, mas até onde estavam em questão as idéias contemporâneas de mérito, sua atividade era estimada e glorificada como trabalho”³³⁷. O apego a bens materiais foi perdendo o seu caráter pecaminoso, o que fez com que a generosidade em favor dos pobres perdesse qualquer razão de ser. O sucesso do burguês era justificado em razão de suas condutas.

Representantes do movimento reformador começam a surgir. Lutero afirmava que os pobres eram preguiçosos e que as possibilidades de trabalho disponíveis eram amplas. Porém, foi com o calvinismo que a ideologia burguesa ganhou maior representação³³⁸. O discurso de Calvino pregava muito da privação material: pessoas que quisessem enriquecer deveriam poupar, o que envolvia negação dos prazeres corporais em favor da produção ilimitada tendente à exportação. Tudo para que o país pudesse lucrar o máximo possível, exportando mais do que importava e consumindo o mínimo possível³³⁹. A “ética” protestante ganhou um enorme espaço no mundo capitalista em ascensão, pregando a auto-negação e permitindo o que mais se desejava entre os burgueses: a fundamentação para incentivar o acúmulo de capital.

³³⁶ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 35.

³³⁷ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 36. Tradução livre de: “*it is highly doubtful whether his road to wealth and power can be compared with the work required of a member of the lower class, but as far as current ideas of merit were concerned, his activity was esteemed and glorified as work*”.

³³⁸ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, *ibidem*.

³³⁹ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 37. Apesar de ser algo típico daquela época, ainda hoje o discurso desenvolvimentista, pregando a privação material, fornecendo o mínimo à subsistência, é forte nas nações periféricas.

O empresário burguês passa, em razão do sucesso econômico, a ser visto como alguém abençoado por Deus. Com base em tal noção, justificava-se a distribuição não equânime de bens e, ao mesmo tempo, a burguesia passa a ter um caráter de superioridade moral. Assim, se a vida de privações era exigida do empresário, um sacrifício ainda maior era exigido das massas para que conseguissem alcançar a iluminação. Em caso de escassez de mão-de-obra, meios especiais eram empregados para forçar que pessoas trabalhassem³⁴⁰. Entre tais meios é possível citar a criminalização da mendicância e da vadiagem³⁴¹; encarceramento de pessoas que se recusavam a trabalhar³⁴²; fixação legal de um *salário máximo*, forçando que os desempregados aceitassem qualquer oferta de emprego³⁴³. Weber afirma com razão que parece ser uma coincidência estranha o fato de que a “vontade de Deus” ser idêntica aos interesses dos empresários³⁴⁴.

A pobreza passa de virtude a pecado; a fetichismo do material passa de pecado a virtude. O trabalho ganha o *status* de elemento de redenção e busca da benção divina, mas, pela “benevolência” das classes poderosas, os pobres e desempregados teriam que buscar a iluminação (ou seja, deveriam trabalhar e permanecer pobres), nem que para isso tivessem que ser trancados em uma casa de trabalho para aprender a virtuosidade de uma vida laboriosa³⁴⁵. Para que os “desocupados” pudessem sair das ruas e, ao mesmo tempo, começassem um processo de proletarização, eram postos forçadamente em uma casa de trabalho. A primeira a ser criada foi, provavelmente a Bridewell no ano de 1555 em Londres³⁴⁶. Em muitas obras o termo “Bridewell” é usado como sinônimo de casa de trabalho em razão do citado fato. Apesar de ter sido instituição que ganhou difusão inicial na Inglaterra, algumas condições fizeram com que seu desenvolvimento fosse maior na Holanda. Tal país estava entre as nações com maior desenvolvimento capitalista na época (fins do século XVI), mas não tinha um exército industrial de reserva muito amplo. Assim sendo, os salários pagos eram consideravelmente altos e a jornada de trabalho não era tão extensa, condições favoráveis em função da escassez de mão-de-obra. As casas de trabalho, então, foram usadas em grande extensão para “ressocializar” maior número de

³⁴⁰ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 38.

³⁴¹ Contravenções até hoje previstas na ordenamento brasileiro.

³⁴² RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 41.

³⁴³ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 36.

³⁴⁴ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 38.

³⁴⁵ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 33.

³⁴⁶ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 41.

peças ao mercado de trabalho, deixando as condições de trabalho mais vantajosas (aos empregadores)³⁴⁷.

Nem todos estavam disponíveis a aceitar a doutrina que colocava o trabalho como um verdadeiro objetivo de vida. O mero trabalho ideológico não era suficiente para fazer com que as pessoas dedicassem todo o tempo de suas vidas ao capital. Tal situação impulsionou a formação de uma instituição paralela às casas de trabalho: *as casas de correção* “onde aqueles que estavam insubmissos eram forçados a fazer suas práticas quotidianas se conformar às necessidades da indústria”³⁴⁸. O exemplo holandês acabou ganhando repercussão, difundindo-se por diversos pontos da Europa. Os alvos das casas de correção eram mendigos, vagabundos, ociosos, prostitutas e ladrões. Apenas os criminosos de bagatela eram visados, mas, com a difusão da instituição, pessoas com condenações mais graves eram mandados para lá³⁴⁹. A criação de tais instituições tem o objetivo claro de conseguir “transformar” o ex-trabalhador rural em proletário industrial³⁵⁰. Nos Países Baixos, fica famosa a chamada *Rasp-Huis*, termo usado para designar a casa de trabalho holandesa, pois a principal atividade ali desenvolvida era a raspagem de pau-brasil até a formação de um pó usado na extração de tintura vermelha³⁵¹.

Porém, a separação teórica entre as casas de correção e as casas de trabalho não era tão clara na prática, tanto que em virtude de superlotação em uma, as pessoas eram enviadas para a outra³⁵². Após diversos problemas teóricos e práticos na separação entre duas instituições que eram fundamentalmente a mesma coisa, começou-se a combiná-las sem tentar qualquer distinção. Assim, as formas iniciais da prisão moderna estão vinculadas com as formas manufatureiras das casas de trabalho, principalmente em razão de sua finalidade: não se tratava da “reforma” do indivíduo “insubmisso”, mas da exploração de mão-de-obra considerada ociosa, não se fazendo qualquer questão da liberação dos internos (principalmente pelo fato de que o treinamento de alguns envolvia dispêndio de recursos)³⁵³.

³⁴⁷ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 42.

³⁴⁸ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem, ibidem*. Tradução livre de: “where those who were unwilling were forced to make their everyday practice conform to the needs of industry”.

³⁴⁹ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, pp. 42-43.

³⁵⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 40.

³⁵¹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 43.

³⁵² RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, pp. 64-65.

³⁵³ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 65.

Essa modificação de racionalidades foi ocorrendo ao longo do século XVIII. Aos poucos, os trabalhos ideológicos foram dando resultado e, para que os interesses mercantilistas fossem alcançados, as instituições carcerárias foram cada vez mais integradas ao sistema de produção do capitalismo em ascensão³⁵⁴. Dessarte, a prisão foi se tornando a principal forma de punição pelo chamado mundo “ocidental” ao longo da destruição, pelas mudanças industriais, das bases econômicas que sustentavam as casas de correção³⁵⁵.

Nos EUA, onde as instituições carcerárias, no modelo mais próximo do atual, ganharam força, o fundamento da punição era distinto daquele usado na Europa. Nesta, o objetivo teórico da punição era reeducar a pessoa para que se submetesse de forma voluntária ao trabalho, necessário ao proletariado em formação (fundamental à subsistência do sistema fabril). No ambiente norte-americano, ocorria, na prática, um emprego da mão-de-obra dos detentos copiando o sistema produtivo da grande família colonial³⁵⁶. Assim, na última década do século XVIII, teve início a aplicação do *sistema penitenciário*³⁵⁷. As instituições de detenção da época davam altos prejuízos à administração pública e precisavam solucionar tal problema. Duas vias foram apresentadas: uma que tornava o sistema carcerário mais econômico e outra que o tornava mais rentável. Inicialmente, o uso da última opção foi fortemente criticada, pois a industrialização do cárcere envolvia o dispêndio elevado de recursos, o que não era conveniente à época. Portanto, acabou-se optando por um modelo mais econômico³⁵⁸.

Bastante forte foi a influência da doutrina religiosa *quaker*, sendo que uma de suas instituições (a *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*), afirmava a necessidade de expiação dos pecados pela reflexão e abstinência dos vícios materiais (principalmente o alcoolismo), o que exigia, também, a ausência de contato com outras pessoas. A idéia de confinamento celular foi ganhando força. Para tal, o presídio de Walnut Street (na Filadélfia) foi adaptado para receber tais pessoas que, após

³⁵⁴ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, pp. 68-69.

³⁵⁵ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 102.

³⁵⁶ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, pp. 184-185.

³⁵⁷ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 186. Note-se que o modelo penitenciário não é completamente original dos EUA, pois já existiam modelos “carcerários” na Europa que apontavam algumas tendências punitivas. O mais importante foi a adoção e desenvolvimento do discurso ideológico que se deu na América do Norte. Cf. MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 188.

³⁵⁸ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, pp. 186-187.

o período da pena, saíam “purificados”³⁵⁹. No entanto, os problemas desse modelo foram aparecendo. Primeiro, o trabalho desenvolvido nas células era pouco rentável, em função do caráter artesanal (isso quando não era usado como mera forma de sanção, ou seja, o trabalho não produtivo e enfadonho), o que fazia com que tivesse uma função muito mais “terapêutica”. Segundo, o número de suicídios e de patologias psicológicas aumentou de forma bastante visível em função do isolamento. Porém, o modelo foi realmente posto em xeque não em favor de uma humanização do sistema, mas em virtude do contexto do início do século XIX (ampla necessidade de mão-de-obra, dificuldade para traficar escravos e conseqüente aumento dos salários, o que era algo péssimo a determinados interesses). Para reforço ideológico, a necessidade de humanização do sistema era alegada, mas tal elemento apenas foi ensejado quando o modelo penitenciário não atendia às necessidades econômicas da época³⁶⁰.

Para tentar superar esses problemas, foi posto em prática o sistema penitenciário de Auburn. Tinha como forma de administração dos presos o confinamento solitário durante a noite e o trabalho em conjunto durante o dia. Apesar do contato com outros presos durante o dia, o silêncio absoluto ainda era uma obrigação, não sendo de graça que o modelo auburniano é muitas vezes chamado de “sistema silencioso” (*silent-system*)³⁶¹. Foi um modelo criado visando, basicamente, à maior produtividade. Não se usava o trabalho punitivo, tanto que a noção de trabalho penal foi perdendo qualquer razão de ser. Algumas estatísticas mostram o crescimento no ganho das instituições carcerárias que aplicaram tal modelo, chegando, em certo ponto, a receber mais do que aquilo que gastavam com os prisioneiros. Os europeus criticavam tal modelo, afirmando-o muito tolerante, fazendo com que o preso trabalhasse na expectativa de receber determinados privilégios e não em favor de disciplina. Em outras palavras, tem bom comportamento aquele que produz mais³⁶².

Grandes discussões foram geradas em virtude da gestão da mão-de-obra presidiária. Seis foram os principais modos usados: conta pública (*public account*); contrato (*contract*); preço por peça (*piece-price*); *leasing system*; uso estatal (*State-use*);

³⁵⁹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 187.

³⁶⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, pp. 189-190.

³⁶¹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, pp. 190-191.

³⁶² RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, pp. 130-131.

obras públicas (*public works*)³⁶³. O primeiro modelo (*a conta pública*) consiste basicamente na transformação do cárcere em uma “empresa privada”, usando a mão-de-obra dos presos de forma industrial e vendendo os produtos no mercado privado a preços convenientes (já que não se gasta com salários). O que era ganho com as vendas ia para os cofres públicos. Sofreu forte oposição da classe empresarial (pois era uma forma “desleal” de concorrência) e operária (em razão da necessidade de cortes salariais para que a competitividade dos ramos privados fossem mantida)³⁶⁴. A gestão pelo contrato fazia com que os presidiários trabalhassem nas dependências do cárcere, mas sob o comando do empresário contratante, o qual paga um preço fixo pelas jornadas dos presos e fornece a matéria prima. Normalmente o maquinário é fornecido pela própria administração penitenciária. Ainda assim, o modelo é bastante rentável à administração, chegando a repor duas vezes o valor conseguido pelo modelo da conta pública. Um terceiro modelo (*o preço por peça*) tinha o objetivo de manter a gestão disciplinar nas mãos da administração, fazendo com que o empresário fornecesse a matéria prima e pagasse um preço fixo por cada peça produzido. O *leasing system* foi o mais difundido, consistindo numa espécie de aluguel pago por um empresário sobre o cárcere, sendo que a administração deste ficava inteiramente a cargo do particular. Todos os gastos eram arcados por este, assim sendo, independente do preço pago pelo empresário, a administração sempre teria rendimento positivo com o aparato carcerário. Um quinto modo de uso da mão-de-obra dos presidiários é o *uso estatal*. Nessa forma, todos os gastos produtivos são arcados pela administração pública e aquilo que é produzido é consumido no próprio presídio ou em outros órgãos públicos. Tal modelo enseja menos reclamações dos sindicatos e dos empresários. Um último modelo a ser citado é o das *obras públicas*. É uma forma diferenciada do *uso estatal*, consistindo em uso dos presidiários em obras públicas fora da penitenciária, como na construção de estradas, ferrovias ou até outras penitenciárias³⁶⁵. Tais modelos de gestão da mão-de-obra foram usados tanto na forma penitenciária da Filadélfia quanto no de Auburn. Naquele era mais popular o uso das contas públicas; neste havia maior ligação com o modelo do contrato³⁶⁶.

³⁶³ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e Fábrica*, pp. 193-194.

³⁶⁴ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 198.

³⁶⁵ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, pp. 195-198.

³⁶⁶ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, pp. 198-199.

Desde a criação do aparato carcerário moderno, a destinação a ser dada para aqueles que ali ficam presos, força viva sem produzir em favor do capital, sempre foi objeto de polêmicas. A principal tensão, a qual é descrita por Rusche e Kirchheimer, está entre a *produção* e a *sanção*. Por um lado, caso a ênfase seja dada no lado produtivo, não se pune e transforma-se o cárcere em fábrica; por outro, se apenas é buscada a sanção de forma absoluta, o preso acaba completamente ocioso. Apesar dos discursos teóricos que se queira usar para encobrir tais disputas (“ressocialização”; “reflexão sobre a ação criminosa”; “expição do pecado”; “prevenção geral e especial, positiva ou negativa”), a questão principal, à qual não se chegou até hoje, é: o que fazer com a massa de indesejados do sistema hegemônico?

Não é necessário escrever mais um *Cárcere e Fábrica* ou um *Punição e Estrutura Social* para reparar o fundamental na instituição carcerária moderna: a ligação da forma de punição com o modo de organização social em determinado tempo. A punição é um fenômeno social e não pode ser avaliada fora dela³⁶⁷. Não podemos pensar em um sistema punitivo escravista se a sociedade não permite a escravidão; não é possível pensar indenizações pecuniárias ou um sistema de fianças se não temos uma economia monetária. Em outras palavras, o próprio modo de produção capitalista é condição de possibilidade para a existência do cárcere moderno³⁶⁸. Quando a clientela típica do cárcere é exatamente aquele que precisa ser incorporado (por não o ser naquele momento anterior) ao sistema de produção, sendo principalmente pessoas que não dispõem de acúmulo de recursos econômicos, resta apenas um elemento apropriável pelo sistema e que pode ser convertido em capital: *o tempo*. Assim, “a relação entre *prisão* (troca jurídica do crime medida pelo tempo) e *mercadoria* (valor de uso dotado de valor de troca medido pelo tempo)”³⁶⁹ apenas ganha sentido em um modelo capitalista. Porém, o sistema envolve não apenas a noção de reparação de um crime pelo dispêndio de tempo correspondente. A noção de reparação no Direito Penal é bastante mitigada, sendo a ênfase depositada no elemento sancionatório: a expropriação de tempo do indivíduo como forma de sanção. A sanção, no entanto, vale-se, em última análise, para fins “pedagógicos” (disciplinares).

³⁶⁷ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 5.

³⁶⁸ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Idem*, p. 6.

³⁶⁹ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 67.

Podemos introduzir, agora, a análise que será desenvolvida na seção seguinte daquilo que Goffman chama de *instituições totais*, para melhor perceber a formação de uma micro-sociedade dentro do cárcere. Na sociedade “livre”, temos diversas esferas da vida em locais e grupos essencialmente distintos ou, algumas vezes, coincidentes. Costumamos desenvolver atividades de lazer, trabalho, convívio familiar e residencial em esferas distintas. As instituições totais são assim chamadas por reunir algumas características bastante intrínsecas. Primeiro, totaliza em apenas um lugar todas as esferas da vida social; as atividades costumam ser massificadas, desenvolvidas por todos os internos e de forma tendentemente igual; todas as atividades diárias são planejadas e “milimetricamente” conduzidas, uma logicamente chegando na outra, tudo com um sistema de regras formais e informais, sob o controle das autoridades; tudo isso desencadeando no plano de garantir a finalidade da instituição³⁷⁰. O citado autor amplia o uso da expressão para diversas outras instituições com características totais (conventos, colégios que usam do internato, hospitais psiquiátricos, prisões, etc.), porém, ressalta que muitas características são típicas de um ou outro exemplo, sendo uma falha tentar universalizá-los³⁷¹. A totalização de uma instituição é um elemento bastante útil à disciplina, sendo uma tendência em diversos aparelhos ideológicos de Estado. As instituições totais, principalmente o cárcere, também escancaram de forma quase laboratorial as lutas de classes, deixando uma divisão bastante clara entre internos e a administração. Em síntese, há uma função altamente disciplinar envolvida no cárcere, o que será desenvolvido na seção seguinte.

4. – Denúncia de uma prática de dominação

Continuando na esteira de Erving Goffman, podemos inicialmente tratar daquilo que o autor chama de *processo de mortificação* daquele que entra no cárcere. Aquele que, selecionado, é privado de sua liberdade, sofre uma real desestruturação de sua personalidade, a sua identidade, como a pessoa conhecia, é destruída. É um processo de conversão, da sociedade em que o indivíduo estava inserido, é drasticamente arrancado e é forçado a socializar-se em um modelo distinto, com novos códigos, novas relações de poder, novas formas (mais reforçadas) de controle. Controla-se a troca de informações,

³⁷⁰ GOFFMAN, E. *Asylums*, p. 6.

³⁷¹ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 5.

nem tudo pode ser falado às visitas, as cartas são censuradas, algumas conversas são assistidas pela autoridade³⁷². Além disso, a noção de família, conforme hoje entendida, é incompatível com a idéia de instituição total: a vida solitária dentro do cárcere afeta a vida da família externa na qual estava inserida a pessoa que foi encarcerada³⁷³.

O primeiro momento sentido com a entrada no cárcere é a contradição quase irônica: o preso está ali para ser “ressocializado” em uma sociedade à qual todo o acesso lhe é negado. Ao ser inserido dentro do cárcere, o interno não é aculturado (substituição de uma cultura por outra já formada), mas trata de algo mais complicado: ele é *desaculturado*, ou seja, perde, muitas vezes, a capacidade de acompanhar o que acontece extramuros o que, no momento da soltura, faz com que fique incapacitado de lidar com certos fatores da vida “livre”³⁷⁴.

Começa-se o processo de destruição da subjetividade. A sua construção enquanto sujeito foi feita com base em relações vigentes extramuros, sendo que, quando é jogado dentro da instituição total, sofre uma retirada de suas bases, é alvo de humilhações. “Seu eu é sistematicamente (...) mortificado”³⁷⁵. O primeiro elemento desse processo é a barreira posta entre ele e a sociedade extramuros. Acaba de sofrer uma espécie de morte civil: além do direito de liberdade, diversos outros direitos são perdidos de forma acessória, passando o sujeito a ser quase um néscio, uma pessoa ignorante, quase bestial (“se está ali, não é porque é inocente”, segundo o discurso comum que perpassa a visão de muitos sobre os presos). O conflito entre os presidiários e os membros da administração surge aos olhos e alguns métodos de domesticação são utilizados (como “testes de obediência” ou provações de quebra da força de vontade), sendo que diversas formas de punições (previstas administrativamente ou não) são utilizadas até que se consiga a completa submissão do indivíduo³⁷⁶.

Outro mecanismo comum de mortificação envolve a uniformização do indivíduo. Primeiramente, em muitos casos, pouco importa quem ele era lá fora, intramuros é apenas mais um preso. Ocorre a extirpação completa de toda a propriedade que tinha do lado de fora, não raro, inclusive do nome (em alguns presídios usa-se o sistema de numeração, por exemplo). Outra meio (não necessariamente presente em

³⁷² GOFFMAN, E. *Idem*, p. 9.

³⁷³ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 11-12.

³⁷⁴ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 13.

³⁷⁵ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 14. Tradução livre de: “his self is systematically (...) mortified”.

³⁷⁶ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 17.

todos os presídios) é a uniformização pelas vestimentas, o que marca o indivíduo como “pertencendo” à instituição, sendo que a própria roupa não é sua (lavadas em coletividade, qualquer espécie de marca deve ser desfeita e, quando retornado, não necessariamente pegará as mesmas peças de vestimenta)³⁷⁷.

Informalmente tem elementos de “dignidade” violados, sofrendo insultos e violência gratuita, separando claramente quem manda e quem obedece. De qualquer forma, essa série de humilhações consegue, simbolicamente, destruir elementos subjetivos (como a negação de relações heterossexuais). Assim, diversos limites que o indivíduo tem entre ele e os outros, espécies de fronteiras entre o elemento privado mais íntimo e o não privado, são quebrados. Informações sobre a pessoa no período extramuros são coletadas, outras são descobertas por algumas entrevistas feitas por pessoas vinculadas ao aparato administrativo. Algumas vezes ocorrem exposições físicas em processos de revistas para procurar certos objetos ou como forma de sanção (não é muito difícil lembrar cenas televisivas transmitidas de diversos presos espalhados em um pátio com um mínimo de roupa e em posição fetal). Além disso, outras situações íntimas também são expostas: banheiros sem portas ou dormitórios coletivos em alguns casos podem ser citados como exemplos³⁷⁸.

Na mortificação vão ocorrendo formas de *contaminação interpessoal*. O modelo mais visível de tal contaminação na sociedade é a violência sexual (não se precisa entrar em noções psicanalíticas sobre os danos à identidade da pessoa que sofre tal violência). Porém, existem formas mais brandas de contaminação interpessoal, que não deixam de ser formas de violência à identidade pessoal³⁷⁹. Não raro, as próprias relações sociais são forçadas, como no caso de pessoas obrigadas a dividir celas. Em uma sociedade racista, sexista e com diversas outras formas de preconceitos, a mistura de pessoas de diferentes etnias, provenientes de classes sociais diferentes, com distintos níveis educacionais, com religiões conflitantes, pode gerar sensações de violações para os envolvidos. Outros modos de contatos de contaminação envolvem o uso de formas truncadas de nomes (alcunhas, por exemplo), gerando uma intimidade não aceita pela pessoa; ou o caso de

³⁷⁷ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 18-19.

³⁷⁸ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 19-24.

³⁷⁹ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 28.

intromissões em relacionamentos íntimos (como no caso de censuras a cartas, sendo não raro objeto de exposição e de sátiras)³⁸⁰.

Existem formas de mortificação que atuam de modo não tão direto, como o prolongamento degradante de certas esferas da vida a outras. Por exemplo, certas informações que passam dos agentes penitenciários aos agentes sociais que avaliam os presos, fazendo com que certas formas de defesa contra a mortificação sejam desfeitas³⁸¹.

Com relação aos processos de mortificação, três questões gerais são levantadas por Goffman. A primeira ressalta a destruição da autonomia do sujeito, sendo que, quando a pessoa ingressa em uma instituição prisional, elementos relacionados ao próprio sistema de idades são pervertidos. O interno não tem mais a possibilidade de controlar o que fazer e quando fazer, fica vigiado constantemente. A principal negação dessa auto-determinação está na proibição do uso da palavra (se não está em um sistema que impõe o silêncio, muitas vezes o quando e como se dirigir às autoridades são alvo de controle e de punições dependendo do comportamento individual)³⁸². A segunda consideração geral tem relação com a racionalização do processo de mortificação. Este é, não raro, racionalizado e aplicado de formas distintas nas diversas formas de instituições totais. No cárcere muitas das práticas de mortificação são aplicadas com a finalidade de destruir o interno, sendo pouco comum a auto-mortificação (como é mais observável em alguns conventos, por exemplo)³⁸³. O terceiro ponto envolve a questão cultural em torno de certos tipos de mortificação. Enquanto o corte de cabelo para certos grupos pode ser uma negação da subjetividade, para outros pode ser a sua afirmação³⁸⁴.

Em contrapartida ao sistema de mortificação, temos um *sistema de privilégios*, sendo este uma forma de tentativa de reorganização da subjetividade negada. Goffman aponta três elementos em tal sistema. O primeiro envolveria as *regras da casa* (*house rules*), ou seja, um complexo de normas e prescrições impostas aos internos, como forma de prepará-lo para a vida dentro da instituição. A destruição prévia da subjetividade e de todos os vínculos anteriores pode ser vista como meio de preparar a pessoa a vida de acordo com essas novas regras³⁸⁵. A partir de então, passam a valer uma série de

³⁸⁰ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 31.

³⁸¹ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 36-37.

³⁸² GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 43-44.

³⁸³ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 45-46.

³⁸⁴ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 47-48.

³⁸⁵ GOFFMAN, E. *Idem*, pp. 48-49.

recompensas possíveis para aqueles que tiverem o comportamento idealmente desejado pelo grupo que administra a instituição total. Um exemplo dessas recompensas é a própria progressão de regime. Assim, algumas liberdades que o preso tinha antes do ingresso no cárcere (como a escolha sobre quando fumar um cigarro) passam a ser restringidos e, de acordo com alguns fatores, pode acabar recuperando esse privilégio ou pode ter um determinado momento fixo em que pode ter acesso a ele³⁸⁶.

A esperança gerada em torno de tais privilégios, principalmente o que relaciona com as privações que sofre a pessoa, fazendo alimentar a visão do dia em que poderá sair e voltar a ter tais liberdades, tem um papel muito importante. Aqui entra a força do princípio da menor elegibilidade (*less eligibility*). De acordo com tal noção, o cárcere deve ser pior do que a pior situação social existente extramuros, caso contrário, o poder inibidor seria prejudicado. Intramuros, o princípio também opera, pois em situação de privações, a pessoa alimenta a esperança de ter determinadas liberdades mínimas de volta, que faz com que, mesmo em uma situação miserável, não deseje ir para o cárcere para não perder o pouco que tem³⁸⁷. Assim, até o fato de que a pessoa um dia terá de volta a liberdade faz com que o cárcere tenha uma capacidade destrutiva maior, com uma alimentação constante de uma esperança que o força a aceitar qualquer coisa do lado de fora para não retornar, por exemplo: as situações de trabalho mais deploráveis com as remunerações mais baixas possíveis.

O terceiro elemento do sistema de privilégios são as sanções internas. Quando um interno quebra uma “regra da casa” corre o risco de ter um privilégio que adquiriu suspenso ou retirado, até que possa ter novamente a chance de adquiri-lo³⁸⁸. Esse sistema de privilégios e sanções administrativas, reproduzindo o modelo externo de organização jurídica, é o principal modo de administração das instituições totais. Com o citado sistema, a individualidade vai sendo reestruturada³⁸⁹. Interessante notar que tal sistema de privilégios pode, inclusive, inserir os presos em uma lógica hierárquica entre eles, sendo que o momento de saída pode significar deixar o topo de uma estrutura micro-

³⁸⁶ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 48.

³⁸⁷ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 146.

³⁸⁸ GOFFMAN, E. *Asylums*, p. 50.

³⁸⁹ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 56.

cósmica (dentro da instituição) para ser jogado no fundo de um ambiente maior (a sociedade)³⁹⁰.

O modo de organizar a estrutura carcerária se presta a diversos fins. Porém, essa estrutura complexa também envolve uma série de objetivos nada simples. Existem funções declaradas (*ideológicas*) e outras ocultas (*reais*) exercidas pela instituição prisional³⁹¹. De forma declarada, “a prisão realiza, como aparelho jurídico, a ‘contabilidade econômico-moral’ do condenado, deduzindo a dívida do crime na moeda do tempo, e como aparelho disciplinar, reproduz os mecanismos do corpo social para a transformação coativa do condenado”³⁹². Tais funções são aquelas encontradas de forma bastante freqüente nos discursos jurídico-penais e também no cotidiano do discurso social e midiático. Procura-se afirmar que a idéia de pena é repreender uma pessoa por um comportamento socialmente lesivo, fazendo-a “pagar” por isso e, por uma retirada do núcleo social, fazer com que não volte a praticar tais condutas (seja por ter “aprendido” que fez algo reprovado ou pela mera ameaça de mais sofrimento). Nas funções declaradas é possível observar o discurso deixando transparecer a violação a um valor (bem jurídico), o juízo de valor feito sobre aquele que deliberadamente quebrou tal idéia (culpabilidade), aplicando-lhe uma pena para retribuir o mal causado e para evitar que venha a cometer novos crimes (prevenção). Conseguimos ver, na primeira seção deste capítulo, como tais noções são criticáveis e não se sustentam da forma que se apresentam. A própria função explícita, declarada, da prisão é amplamente falha. Em razão da constatação de que o cárcere sempre foi falho, Foucault afirma a história do “fracasso” da instituição prisional não é um ponto definido em um “ciclo evolutivo” (em estabelecimento, fracasso, reforma, novo fracasso, nova reforma), mas são pontos que subsistem ao mesmo tempo³⁹³. Se assim é, tal “fracasso”, inclusive por ser institucional, também cumpre uma finalidade.

Essa outra função, no entanto, não é exposta de forma visível nos discursos hegemônicos. Trata-se de uma verdadeira finalidade oculta. É aqui que entra o principal elemento de dominação exercido pela instituição carcerária. Tais objetivos podem ser resumidos em uma dupla reprodução: a *reprodução da criminalidade* (ao selecionar, com

³⁹⁰ GOFFMAN, E. *Idem*, p. 73.

³⁹¹ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 81.

³⁹² SANTOS, J. C. dos. *Idem*, p. 80.

³⁹³ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*, p. 221.

diversos mecanismos, os que se apresentam com maiores níveis de solidariedade; deixando fora do primeiro nível seletivo, a seleção legislativa, as condutas dos grupos hegemônicos) e a *reprodução das relações sociais* (exatamente o exercício da violência contra os grupos mais débeis faz com que estes fiquem submissos em função da perpetuação das relações que favorecem as classes dominantes)³⁹⁴. Aqui entra a questão da ideologia, a qual desenvolvemos anteriormente: tem um amplo papel de desenvolvimento de uma visão de mundo que legitima a seleção de determinadas condutas em detrimento de outras; consegue possibilitar o uso da instituição carcerária; e, com isso, possibilita a manutenção e imposição de noções superestruturais que permite a manutenção legitimada das relações sociais como elas se encontram.

A prisão, assim como a escola, os meios de comunicação e a religião, é um aparelho ideológico de Estado. Considerando que estes têm, também, a função de propagar, difundir e reproduzir determinadas concepções de mundo. Tais instituições, por serem controladas por pessoas, passarão a visão de mundo desses grupos para aqueles que nelas ingressam. Assim, conforme vimos, quanto maior o domínio de certos grupos, que tendem a uma homogeneidade, sobre os aparelhos ideológicos, maior será a difusão de uma postura cultural que não tende a grandes variações. A ideologia permite a seleção de valores dominantes que serão difundidos tanto a grupos que são beneficiados quanto àqueles que serão prejudicados indistintamente, sendo que estes últimos, mesmo excluídos, assumem para si esses valores que os segregam e ajudam a reproduzi-los. Tendo, então, tal situação, abre-se caminho para que determinados valores ganhem maior proteção em detrimento de outros, sem que isso pareça ser estranho ou equivocado, pois ganham quase um ar de naturalidade.

Considerando que a instituição carcerária é mantida com base nesse trabalho ideológico, temos a “legitimação” da aplicação de uma violência quase ilimitada sobre as pessoas. A segregação que retira a visibilidade social daquilo que intramuros ocorre faz com que tenhamos um grande aparato de trabalho superestrutural, para forçar a assunção de valores que ajudam a proporcionar uma melhor vida de grupos dominantes. Não é uma grande coincidência a seleção de grupos vulneráveis pelo aparato penal para que sejam jogados dentro da prisão³⁹⁵. Tais setores vulneráveis não são simplesmente

³⁹⁴ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 82.

³⁹⁵ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, pp. 268-269.

dotados de uma debilidade de poder, são aqueles que, excluídos, colocam em risco diversos valores dominantes. Como a forma de acesso a tais bens ocorre, de forma permitida (não proibida), por uma série de caminhos previstos, a possibilidade de uso desses meios institucionais não abarca todas as pessoas³⁹⁶. Aqueles que não conseguem chegar nos instrumentos para a concretização dos fins (que são ideologicamente postos como os melhores e, como modelo de vida, dedicam-se à perseguição deles) acabam forçados a usar de outros meios não institucionais para conseguir o objetivo almejado. Das formas de *adequação individual* previstas por Merton, temos o exemplo típico da *inovação*, ou seja, tem-se os fins culturais, mas sem o respeito aos meios institucionais de acesso³⁹⁷. Há, também, casos de negação dos fins culturais, mas esta, por si só, não é uma ameaça, pois se a pessoa respeita o *iter* institucional, não oferece perigo. O problema está no uso dos meios reprovados.

A negação do uso desses meios institucionais oferece perigo à manutenção de determinados valores e do controle de diversos campos sociais³⁹⁸. O que se faz, então, é retirar a pessoa do convívio social maior para trabalhar tais pontos. Tenta-se forçar à pessoa a visão de mundo dominante e, ao mesmo tempo, um trabalho de “convencimento” (por meio da sanção penal e outras que vêm de forma anexa) de, uma vez posta novamente em liberdade, que, mesmo que não passe a perseguir os fins culturais, que se submeta aos comportamentos sociais e meios de reprodução da vida nos moldes prescritos pelos valores dominantes. Tal esforço de impor a adequação aos meios institucionais é, em última análise e, grosso modo, a aceitação das formas produtivas reconhecidas.

Estamos diante de um esforço disciplinador, o qual tem o objetivo principal de tornar a pessoa algo *dócil e útil*. Conforme percebemos, com o trabalho inicial de mortificação, destrói a subjetividade anterior, a qual era uma ameaça aos valores dominantes. Depois, com o sistema de privilégios vai fazendo introduções de valores e formas institucionalizadas de perseguição desses valores. A pessoa, que antes era uma ameaça, vai sendo neutralizada, docilizada. Ao mesmo tempo, é necessário pegar o indivíduo e inseri-lo em uma lógica produtiva para que permaneça dócil, sem colocar em

³⁹⁶ BARATTA, A. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*, p. 63.

³⁹⁷ BARATTA, A. *Idem*, p. 64.

³⁹⁸ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 57.

risco os valores dominantes, e útil, pois entrará na lógica produtiva que serve a cultura hegemônica³⁹⁹.

Uma das formas de sintetizar tais noções foi feita por Melossi e Pavarini ao observar a relação entre o cárcere e a fábrica (enquanto símbolo por excelência do modelo produtivo capitalista). Com a prisão, aquele que antes colocava em risco determinados valores, passa a produzi-los e reproduzi-los. O produto desse aparato todo é o proletário (como símbolo do alienado que produz em favor da totalidade capitalista ainda vigente). Como a forma institucionalizada de sobrevivência do não-proprietário consiste na venda da força de trabalho, como o único elemento que “possui”, é forçado à submissão a tal inserção nas relações produtivas, caso contrário, continuará no processo de entrada e saída do aparelho carcerário⁴⁰⁰. Em outras palavras, a “ressocialização” que pretende o aparato prisional é a inserção nas relações produtivas institucionalizadas. As instituições de reprodução da ideologia são *instituições subalternas à fábrica*⁴⁰¹, sendo que o cárcere não é diferente. Melhor explicado, “entre as funções das *instituições acessórias* da fábrica está a ‘organização do consenso’, aquela aparência ‘natural’ assumida pela ideologia na consciência do trabalhador, enquanto o reproduz como força de trabalho” (grifos no original)⁴⁰². O cárcere é, em verdade, a *ultima ratio*, pois no momento em que todos os outros falham, o exercício máximo da violência, como último horizonte, está na prisão⁴⁰³.

O papel da ideologia nisso tudo é evidente. Temos a legitimação cultural fornecida pelos diversos aparelhos ideológicos para toda essa atuação que visa a uniformizar aqueles que não se enquadram nos modelos reconhecidos e desejados. Estamos diante de trabalhos exercidos por *ortopedistas da moral*⁴⁰⁴, os quais pretendem que seus valores (seus “bens jurídicos”) sejam universalizados. Por serem detentores de uma “verdade”, usam a ideologia para encobrir a prática de dominação que exercem. São abençoados por forças “divinas”, o que legitima que possam escolher um modelo de vida como único válido e que possam impor isso aos outros. Aqueles que são pobres devem buscar a riqueza, logo, se os ricos enfrentam uma vida de “privação”, os pobres devem

³⁹⁹ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*, p. 132.

⁴⁰⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 232.

⁴⁰¹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Idem*, p. 48.

⁴⁰² SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 113.

⁴⁰³ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, p. 118.

⁴⁰⁴ SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal*, p. 457.

enfrentar um nível ainda maior de negações se quiserem ser como os membros da classe dominante⁴⁰⁵. Uma das funções do trabalho ideológico é exatamente este: *tornar certo que os pobres irão desejar ser como os ricos*.

Temos, então, uma complexa estrutura com a finalidade de neutralizar as ameaças aos valores ideológicos dominantes com o uso do aparato penal (tendo seu ápice na privação de liberdade com a prisão). É uma real prática de dominação dos excluídos das possibilidades que têm alguns poucos de produzir, reproduzir e desenvolver suas vidas de forma muito mais ampla. Relembrando as funções ocultas e declaradas do cárcere, podemos afirmar, consoante Juarez Cirino, que o cárcere falha apenas com relação às finalidades ideológicas, pois os “*objetivos reais ocultos* do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista” (grifos no original)⁴⁰⁶. O que é mais trágico é o trabalho lingüístico (cultural, ideológico) para fazer com que esses excluídos, que jamais serão incluídos, passem a vida buscando esse *dever-ser-que-jamais-será*. Porém, em nossa situação de país marginal, podemos ver que a situação é ainda mais nociva: vivemos um verdadeiro paradoxo, insuperável enquanto tivermos a manutenção da racionalidade fetichizada vigente.

5. – O paradoxo penal.

Conforme vimos, diversas são as contradições existentes no Direito Penal. Portanto, apesar de falarmos em paradoxo penal, não limitamos o fenômeno do qual iremos tratar como se fosse a única contradição existente em âmbito penal. Este é um ponto de convergência para tudo o que vem sendo trabalhado desde o início desta exposição. Assim, devemos partir das conclusões do primeiro e do segundo capítulos, para, depois, inseri-las na problemática que vem sendo levantada neste terceiro momento.

No primeiro conseguimos observar que o Estado tem a função de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito. Considerando que os direitos fundamentais podem ser construções culturais que impulsionem ações humanas para tal fim, devemos ter em vista que são algumas garantias, as quais não têm pretensão de serem únicas, pois também são frutos de construções humanas. É possível perceber

⁴⁰⁵ RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 38.

⁴⁰⁶ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 128.

que, com a organização jurídica atual com relação à prestação de serviços públicos, a concretização de tais direitos pode ser alcançada por via pública ou privada. Quanto ao último modo citado, não se trata de um favor feito pelo particular enquanto extrai seus lucros, mas o exercício de um dever, pois é, assim como todos, responsável pela produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta de cada sujeito. Sabemos que essa não é a lógica seguida atualmente, porém, tal questão será enfrentada com maior vagar no capítulo seguinte. Dessarte, temos níveis variáveis de carências para cada um no que pertine a atuação estatal na realização das *necessidades e preferências*.

Durante o segundo capítulo, vimos que não há um *ethos* no comportamento criminoso, como pretendiam os criminosos clássicos e positivistas. O crime é, na verdade, resultado de uma seleção que ocorre em diversos níveis, desde a opção legislativa, a atuação dos policiais, dos promotores, magistrados, dentre outros. Há vários filtros de seleção que incidem sobre as condutas humanas até que algumas poucas são selecionadas para a concreta sanção penal privativa de liberdade. Foi possível perceber que o número de condutas socialmente lesivas é muito elevado, sendo sua prática um fenômeno geral. Porém, apenas uma pequena parcela é selecionada para sofrer a sanção penal.

No primeiro momento, a grande parcela das pessoas que necessita de atuação estatal para concretizar seus direitos fundamentais é alvo de um grande inadimplemento de tal “obrigação”. As pessoas que requisitam alimentação, saúde, moradia, etc., dos poderes públicos não têm tal pleito cumprido e, quando têm, é de péssima qualidade. Não obstante a alegada falta de recursos, há irresponsabilidade em sua aplicação é manifesta, bastando observar a suntuosidade existente nas cúpulas dos três poderes. No segundo, podemos fazer a comparação e perceber que exatamente sobre a parcela que mais necessita de atuações estatais recai a maior severidade penal. Pior é reparar que exatamente os tipos mais sancionados (sendo que os pequenos crimes contra o patrimônio são os que mais chamam a atenção) poderiam ser, não raro, evitados se houvesse uma atuação eticamente responsável quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais.

Temos, então, caracterizada uma grande contradição: o Estado age de forma *deficitária* para concretizar os direitos fundamentais daqueles que necessitam e, apesar dessa falha, atua punitivamente, aqui, de modo *excessivo* (o que também envolve o

dispêndio elevadíssimo de recursos públicos). Assim, grande parcela da punição penal recai exatamente sobre aqueles que são alvo de uma imensa falha estatal, excluídos por um modelo de sociedade que não consegue integrá-los. *É a constatação de fato que possibilita a definição daquilo que aqui chamaremos de paradoxo penal.* Tal paradoxo serve para apresentar e pensar diversos outros problemas.

Conforme vimos, temos, de forma reconhecida pelas visões de mundo dominantes, determinados fins culturais e alguns caminhos possíveis para atingir tais objetivos. O principal visado não é a assunção das finalidades culturais (mas é algo bem visto, pois facilita o trabalho de adequação da pessoa às formas legitimadas de produção), mas que a pessoa se coloque nas relações produtivas reconhecidas como válidas. Caso haja alguém destoante, o último ponto de atuação é o cárcere, o qual tentará coagir o preso a tomar para si os valores dominantes e procura-se a “reinserção social” (entendida como a adequação da pessoa às formas produtivas reconhecidas).

A partir de então temos uma situação que beira a insanidade. Os modelos produtivos extramuros sempre gerarão negatividades, sempre existirão os excluídos. Isso se deve ao fato de que as instituições e as formas de gestão social serem criações culturais e, assim sendo, serão sempre imperfeitas, sempre incompletas. Constatamos, então, “haverá inevitavelmente ‘vítimas’, que são as que sofrem as imperfeições, os erros, as exclusões, as dominações, as injustiças, etc., das instituições empíricas não perfeitas, finitas, dos sistemas existentes”⁴⁰⁷. A constatação de existência de “vítimas” é o ponto de partida para a crítica, o que impulsiona a busca para a superação dos fatores que geram tais negatividades. Paradoxalmente, ficam fadados a buscar eternamente a inserção em um sistema que não os comporta. O *paradoxo penal* expressa duas falhas: *a primeira ao não conseguir a inclusão de todos ao sistema e a segunda ao punir aqueles que o próprio modelo não consegue retirar da exclusão.*

Assim, se os modelos legítimos de produção não dão conta de absorver todas as pessoas, diversos excluídos (que pretendam buscar os fins culturais ou não) precisam recorrer aos modos não reconhecidos para concretização da própria sobrevivência e de outros objetivos pessoais. O grande nível de reincidência que gera o cárcere, denunciado por Foucault⁴⁰⁸, tem uma relação mais próxima com a organização social e muito menos

⁴⁰⁷ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 373.

⁴⁰⁸ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*, p. 221.

com o modo de gestão do aparato prisional. É a incapacidade de absorção de todos e o não reconhecimento de alternativas é que torna a atuação da prisão uma patologia social sem solução na perpetuação do atual modelo de visões de mundo. Nesse modelo absolutizado, não é o criminoso (que não consegue inserção nos meios legítimos de produção) que nega a sociedade, mas esta que nega o “delinqüente” (pois não consegue integrá-lo). O paradoxo penal, então, chama a atenção para o fato de que não é o cárcere e as suas diversas propostas de reforma e manutenção que solucionará o problema, pois este se encontra fora da instituição prisional. Existe alguma “culpa” que recai sobre aquele que não deseja assumir os valores dominantes para si (e busca meios alternativos de concretização) ou sobre a pessoa que, mesmo querendo, não consegue entrar nas formas reconhecidas de produção? Não é a modificação da prisão ou da pessoa que nela ingressa que tratará de solucionar o problema de exclusão de uma construção social que, por ser humana, sempre terá excluídos.

Viviane Forrester chama a atenção para o fato de que como o fenômeno do desemprego é algo endêmico do capitalismo. A pessoa que perde seu emprego, supondo que já o tinha nos níveis formais, recebe o “auxílio” desemprego por um período curto e, caso não encontre novo local para trabalhar, deve se sustentar sem recorrer às ações ilegais (o que se torna impossível). Assim, atividades não reconhecidas (mendicância, venda ambulante, tráfico de drogas, etc.) acabam surgindo como forma de subsistência e essas pessoas acabam ganhando mais do que se estivessem em um posto de emprego sub-remunerado. Resta que o indivíduo, por obvio, não vai se submeter a procurar um posto de emprego que não existe (ou, mesmo existindo, não será capaz de remunerá-lo de forma igual à atividade ilícita), optando por sobreviver dessa forma. O Estado acaba forçado a atuar para “evitar o grau de delinqüência criado por sua ausência”⁴⁰⁹. Para aqueles que permanecem na busca pelo trabalho que não existe, acaba em uma função bastante visível com o crescimento da exclusão: o “*procurador*” de emprego – aquela pessoa que tem a “profissão” de procurar emprego de forma contínua, mas com o nítido problema em torno do fato de que “a procura de empregos não cria esses empregos”⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*, p. 95.

⁴¹⁰ FORRESTER, V. *Idem*, p. 96.

O cárcere, então, tem, também, a função de controlar essa força de trabalho excedente que, em um modelo produtivo excludente, sempre existirá⁴¹¹. O controle é necessário, não com o fim em si mesmo de afirmação da “humanidade” e manutenção mínima da vida da pessoa selecionada a ingressar no cárcere, mas para controlar a ameaça que tais pessoas oferecem aos valores dominantes que tal excedente proporciona. Não há apenas a dominação ideológica dos valores que a pessoa deve assumir para si, nem apenas a coação de submissão ao modo produtivo vigente como forma única legítima de manutenção da vida. O cárcere também domina com a estrutura de controle desse “perigo” aos valores hegemônicos, o que é bem visível com a teoria da ação antidialógica conforme exposta por Paulo Freire.

A ação antidialógica é observada composta por quatro elementos: “a conquista, dividir para manter a opressão, a manipulação e a invasão cultural”⁴¹². A *conquista* é um meio usado para objetificar aquele que é alvo da ação de dominação⁴¹³. Um dos meios de observar tal reificação é analisar como que o trabalho vivo passa a ser mera coisa (força de trabalho), fungível e descartável como outras coisas. Começa com a chamada *negatividade originária*, na qual o indivíduo dotado de força de trabalho criadora é alienado a sistema e é coagido a vender a sua força de trabalho, caso contrário, não tem meios legítimos de manutenção da vida (em outras palavras, submete-se ou morre)⁴¹⁴. Com tal negação, temos uma forma de inversão que é representada pelo *fetichismo*, ou seja, “a pessoa do trabalhador é colocada como meio e o meio (processo de valorização do capital) como fim”⁴¹⁵. Com o trabalho não especializado, o qual pode ser feito por qualquer um, pouco importa quem realiza e, assim, a pessoa pode ser livremente descartada, escolhendo-se a força produtiva que melhor atua (produzindo mais por menos). O cárcere (como último horizonte da imposição de ideologia) domina dessa forma, sendo que seleciona os “desgarrados” que não querem se submeter ao modelo produtivo alienante e coage a submissão.

O segundo elemento da ação antidialógica é a técnica de *dividir para manter a opressão*. Os alvos da dominação devem permanecer divididos, como condição de manutenção mais fácil do poder. A divisão enfraquece a ameaça que proporcionam os

⁴¹¹ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 83.

⁴¹² FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, p. 157.

⁴¹³ FREIRE, P. *Idem*, pp. 157-160.

⁴¹⁴ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 325.

⁴¹⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 326.

grupos diante dos valores hegemônicos⁴¹⁶. Quando os valores dominantes preconizam o embate, a competição na regra do “cada um por si” e são recebidos por aqueles que são objetos de dominação, eles também reproduzirão essa lógica. O oprimido assume a visão de mundo dominante e batalha para conseguir chegar no lado que oprime, almeja ser como aqueles que participam dos grupos dominantes. O oprimido, assim, é um “hospedeiro” para um opressor que nutre dentro de si⁴¹⁷. Assim, não há a manutenção da solidariedade intersubjetiva, sendo seus focos combatidos para manter a divisão. Com o aparato prisional, temos a utilização dessa técnica quando a pessoa é retirada do núcleo social em que está inserido (desfalcando o indivíduo que é segregado e o grupo no qual estava). Isso permite que as quadrilhas, as redes de tráfico de drogas, etc., sejam vistas como uma enorme ameaça, o que justifica a perseguição de forma tão aberta. Dentro do cárcere a divisão também é usada, tanto que há diversas transferências de internos com o objetivo de separá-los de grupos afins ou quando focos de organização vão surgindo dentro da prisão. A própria separação e pulverização dos oprimidos é um meio bastante fácil de gerar conflitos desnecessários entre os próprios oprimidos, evitando a formação de sentimentos de solidariedades entre aqueles que são igualmente vítimas de um modelo social que lhes é nocivo. O “capitalismo de curto prazo corrói o caráter (...), sobretudo aquelas qualidades de caráter que ligam os seres humanos uns aos outros, e dão a cada um deles um senso de identidade sustentável”⁴¹⁸.

Um terceiro elemento que podemos citar é a *manipulação*. Com esta, consegue-se utilizar grupos dominados para a realização dos fins das classes hegemônicas. A consciência de classe é um grande problema para aqueles que dominam. Assim, usam-se diversos mecanismos ideológicos para que as pessoas assumam os objetivos ideológicos dominantes. “Insistindo as elites dominadoras na manipulação, vão inoculando nos indivíduos o apetite burguês do êxito pessoal”⁴¹⁹. A prisão é um desses mecanismos, sendo usado para inculcar objetivos definidos nos grupos dominados e, aqueles raros que conseguem alguma mobilidade social, são tidos como pessoas com mérito, que trabalharam para conseguir e devem servir de exemplo para os demais.

⁴¹⁶ FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, pp. 160-167.

⁴¹⁷ FREIRE, P. *Idem*, p. 164.

⁴¹⁸ SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*, p. 27.

⁴¹⁹ FREIRE, P. *Idem*, p. 170.

Com a chamada *invasão cultural*⁴²⁰ (quarto elemento da ação antidialógica), é possível fazer com que os grupos não hegemônicos assumam a cultura hegemônica como se fosse sua, sendo que as outras formas de manifestação cultural (inclusive a dos próprios oprimidos) passam a ser vistas como não-cultura. Por exemplo, as escolas de ensino fundamental e médio, bem como as universidades, são aparelhos ideológicos de Estado e, conforme vimos, servem vastamente à formação de pessoas que atuarão como “invasores”⁴²¹. Da mesma forma, o cárcere, com o processo de mortificação e com o sistema de privilégios procura exercer uma ampla forma de invasão cultural.

Até aqui viemos denunciando. Tratamos de pegar diversos marcos teóricos e, com eles, apresentamos a dominação exercida pelo aparato penal. O *paradoxo penal* é uma construção capaz de denunciar como que o projeto de desenvolvimento de valores hegemônicos que são universalizados (*opções* que são tomadas como *raízes*), mas que diversos grupos são excluídos da possibilidade de concretização desses valores (seja isso algo desejado ou não pelo grupo não hegemônico). Porém, o mesmo aparato jurídico, fruto das construções dominantes (as mesmas que impõem os valores universalizados) utiliza a forma de dominação que afeta mais diretamente a integridade individual exatamente contra quem não consegue concretizar tais valores. Assim, entre o suicídio, a morte lenta pela fome ou o uso de meios não reconhecidos para sobreviver, não causa surpresa que a esmagadora maioria opte pela última opção⁴²². Além disso, com toda a atenção voltada para os setores vulneráveis da sociedade, esconde-se outras muitas condutas altamente nocivas praticadas pelas classes hegemônicas⁴²³. Como já observamos, as classes dominantes, elas mesmas, em inúmeras vezes utilizam meios que são ideologicamente tidos como ilegítimos e ainda assim não são criminalizados. É esse trabalho ideológico que desvia a atenção das ações das classes dominantes e, mesmo quando um membro acaba selecionado, tem diversos privilégios e vantagens ao operar com o sistema que foi criado e é mantido pelos grupos dos quais faz parte.

Se o paradoxo penal nos mostra como o cárcere pretende forçar a “inserção” de pessoas em um sistema que não os comporta, tal questão suscita o tema da *desigualdade* e *exclusão*. Ambas são formas de *pertença hierarquizada*. Na desigualdade, temos

⁴²⁰ FREIRE, P. *Idem*, pp. 173-190.

⁴²¹ FREIRE, P. *Idem*, p. 176.

⁴²² RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 96.

⁴²³ SANTOS, J. C. dos. *A Criminologia Radical*, p. 84.

pessoas integradas ao sistema, mas de forma subordinada (a pessoa está em uma situação inferior em razão da subordinação). Já a exclusão atua pela *segregação*, ou seja, a pessoa é inferiorizada em função de sua exclusão, rejeição pelo sistema. Tanto a desigualdade quanto a exclusão são categorias ideais, sendo na prática a movimentação mais complexa⁴²⁴, sendo que ambas comportam diferentes graus: “o grau extremo de exclusão é o extermínio (...). O grau extremo da desigualdade é a escravatura”⁴²⁵.

O cárcere, conforme visto, foi inicialmente usado para forçar a inserção subordinada de pessoas na forma de proletário. Usava-se a prisão para fazer com que, em época de necessidade, as pessoas fossem forçadas a trabalhar e, ao mesmo tempo, para garantir um controle dos níveis salariais, para que o proletário aceitasse qualquer valor, sob a ameaça implícita da sanção penal⁴²⁶. Era, então, uma forma de gestão da desigualdade. Porém, com a ascensão do capitalismo como modelo hegemônico e com o inchaço do exército industrial de reserva, temos uma mudança essencial na função da prisão. O que antes servia para controlar a desigualdade, hoje é usado para controlar a exclusão. Não mais se têm problemas para garantir mão-de-obra, pois é bastante amplo o contingente buscando um espaço no mercado de trabalho. Porém, aquela grande massa que não conseguirá inserção nas formas produtivas, pois não conseguem o mínimo necessário para ser parte a mão-de-obra menos qualificada, tentará sobreviver pelos meios não institucionais. Por isso, o discurso jurídico-penal afirma que devem ser controlados. Paradoxalmente, a função principal do cárcere mudou (da gestão da desigualdade para o controle dos excluídos), mas o discurso permanece o mesmo. Vivemos em uma sociedade em que a desigualdade tende cada vez mais para seu ponto extremo, enquanto o número de excluídos cresce de forma bastante ampla. A prisão caminha, cada vez mais, para o controle extremo da exclusão: o extermínio dos excluídos.

O aparato carcerário continua, no entanto, incidindo sobre os desiguais e continua sendo um instrumento de manutenção das elites no poder. Porém, a forma de atuação, de forma simplificada, ocorre em três níveis distintos e de forma distinta. Com relação aos excluídos, a atuação do instrumental penal se dá de forma muito mais direta (imediata) por meio da repressão. Os excluídos como principal ameaça aos valores

⁴²⁴ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, p. 280.

⁴²⁵ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 282.

⁴²⁶ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 129.

dominantes são contidos, ou pelo menos se tenta⁴²⁷, com a atitude repressiva mais direta. Os desiguais, trabalhadores formais e informais que estão no limiar do institucionalmente tolerado, de forma instável a qualquer momento podem caminhar em direção à exclusão. Nesses casos, o *outro di-ferente* conforme veremos, a atuação se dá muito mais forte no nível da ameaça, ou seja, aqui sim é possível falar de forma relativa em uma prevenção geral. Tais desiguais são controlados pela ameaça de perder o pouco que adquiriram e a possibilidade remota de uma ascensão, o que impele muitos a continuar integrados de forma subordinada. Diante de alguma falha, o grau de vulnerabilidade da pessoa é grande o suficiente para garantir uma ação pronta do aparato penal. A partir de então, o desigual passa ao grupo dos excluídos e terá dificuldades para conseguir novamente a integração subordinada. Por último, os grupos dominantes também são afetados, mas de forma protetiva pelo aparato penal: seus valores não são apenas defendidos, mas são impostos aos demais que não comungam de tais “bens”. Diante de uma ameaça aos seus valores ideológicos, à sua visão de mundo, temos o aparato penal para garantir que o *status quo* seja mantido e haja a proteção do modelo de sociedade que lhes é mais conveniente.

De forma resumida, Direito Penal é uma fortíssima e complexa forma de dominação, atuando em três principais níveis: *com os excluídos*, por meio da repressão mais direta; *com os desiguais*, por via da violência potencial de forma mais intensa e, subsidiariamente, pela repressão penal; e *com os membros dos grupos dominantes*, que têm seus valores protegidos em função da violência exercida contra aqueles que podem oferecer algum risco à comodidade a eles oferecida.

Os direitos fundamentais são construções culturais derivados de valores dominantes, os quais permitem a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta. Porém, tais noções constitucionais não são as únicas formas possíveis de atingir os citados fins. Os meios institucionais de concretização dos direitos fundamentais (sejam eles da via pública ou privada) não são acessíveis a todos e os excluídos são perseguidos e punidos para que sejam forçados a usar desses meios institucionais, os quais, paradoxalmente, não lhes são acessíveis.

⁴²⁷ Considerando que algumas zonas urbanas vivem uma verdadeira “guerra particular” entre os policiais e os integrantes de movimentos contra-hegemônicos, como os traficantes de drogas. Trata-se de um conflito armado com características semelhantes às das mais explícitas guerras contemporâneas: movimentos de guerrilha, uso de armas de grosso calibre e, o pior de tudo, muitas vidas desperdiçadas em um conflito irracional em favor de interesses nem sempre tão bem definidos. Sobre a questão dos conflitos urbanos no Rio de Janeiro, sugerimos o documentário *Notícias de uma Guerra Particular*, o qual é bastante ilustrativo com relação ao tema.

A constatação dessas situações de dominação é mais fácil nos países marginais, pois são mais visíveis. A simples denúncia é um passo importante, mas não suficiente. Nos mesmos países periféricos, nos quais o exercício alucinado das práticas da dominação (dentre elas, o uso do aparato carcerário) são mais claramente percebidos, há uma maior chance de surgir as alternativas. Nos países centrais, onde a dominação ocorre de forma mais velada, é mais difícil pensar em saídas, pois se pensa que não existe um problema tão sério. Assim, na América Latina, da mesma forma que nas outras localidades periféricas, há um terreno bastante fértil para o desenvolvimento da possível superação dessas práticas de dominação.

6. – Conclusões gerais do capítulo.

O discurso jurídico-penal assume determinados valores como universais e, com base neles pune. Com tal punição, afirma-se buscar a “ressocialização” do condenado, bem como prevenir a ocorrência de novos crimes. Percebemos, no entanto, que algumas noções fundamentais do Direito Penal (culpabilidade, bem jurídico, prevenção, isonomia) não se sustentam pelos próprios argumentos declarados da doutrina. As próprias situações fáticas são a prova cabal dessa falha. Temos, então, uma crescente “crise” no Direito Penal.

Quando as noções superestruturais são observadas e vemos como se dá a construção social da realidade, é possível afirmar que há uma pluralidade de culturas, visões de mundo e valores, não raro conflitantes, presentes no corpo social. Diante de uma sociedade composta de grupos muitas vezes antagônicos entre si, alguns acabam conseguindo a detenção histórica da hegemonia. Assim sendo, passam a impor seus valores aos demais grupos não hegemônicos. As formas de imposição de tais bens culturais ocorrem por diversos aparelhos ideológicos (de forma não taxativa: fábrica, escola, religião, hospitais, meios de comunicação e, em último nível ainda no atual momento histórico, o cárcere). A ideologia é usada como uma forma de dominação homem-homem.

O cárcere moderno foi criado, enquanto adaptação das casas de trabalho e casa de correção, com o intuito de aprimorar a integração forçada dos excluídos nas relações produtivas. Enquanto incluídos nesse sistema produtivo, continuariam alienados e objetificados. O funcionamento do cárcere, como um microssistema social, lida com um

sistema de mortificação e outro de privilégios. O primeiro destrói a subjetividade anteriormente existente e força, por meio do sistema de privilégios, a assunção dos valores dos grupos hegemônicos. Ao mesmo tempo em que coage uma visão de mundo (superestrutura) ao condenado, força-o à submissão ao modelo produtivo tido como legítimo, sendo o único meio reconhecido de acesso aos valores que lhe são forçados. O sistema axiológico não é o mais importante, pois é possível que a pessoa, sem buscar os fins culturais, utilize os meios reconhecidos, o que não está fora da prática de dominação. Esta é apenas facilitada quando há a introdução dos valores hegemônicos.

Diante dessa situação, podemos perceber que o cárcere é um exercício de uma prática de dominação. Esta se dá de forma alucinada e paradoxal. Ao mesmo tempo em que há valores pretensamente universais, os meios de acesso a eles não estão disponíveis a todos (escola para concretizar a educação; o hospital e outros meios como forma de acesso à saúde; o trabalho como única forma do não proprietário começar a ser proprietário de algo que não apenas a sua força de trabalho). Aqueles que não conseguem ou não desejam usar dos meios legítimos de persecução dos fins culturais são a principal clientela do aparato carcerário, o qual forçará que usem de tais meios institucionais e, uma vez de volta à sociedade, mais uma vez está diante da impossibilidade de utilizá-los (seja porque ainda não quer ou em razão da incapacidade de absorção de todos). O paradoxo penal, entendido como a contradição existente entre a impossibilidade de acesso de todos aos meios legítimos de concretização dos valores dominantes e o fato de que a prisão força que a pessoa não utilize outros instrumentos que não aqueles reconhecidos, escancara a constatação de uma prática de dominação alucinada, da qual muitos não conseguem conceber alternativas. Exigem que todos, mesmo aqueles que não podem ser absorvidos pelos meios legítimos de concretização dos fins culturais, permaneçam tentando a atuação na legalidade (sob pena de sofrer a pena privativa de liberdade), pacientemente esperando que possam ser absorvidos, torcendo para que não morram de fome antes. Isso nos mostra como que a prisão era inicialmente um meio de dominação da desigualdade e, gradativamente, foi se tornando uma forma de controle da exclusão. Isso expressa uma dupla falha: a inexistência de inclusão geral (posto que é impossível) e a punição exatamente recaindo com maior vigor sobre os excluídos.

A dominação do Direito Penal é exercida de forma distinta para pessoas em níveis diferentes de vulnerabilidade: para os mais vulneráveis (excluídos) temos a

repressão direta; para os vulneráveis que se encontram um pouco além do nível anterior temos a repressão simbólica de forma mais intensa e a aplicação subsidiária, mas bastante efetiva, da pena; e para os grupos dominantes, temos a proteção dos seus valores em função da opressão dos grupos menos poderosos.

A partir daqui, podemos começar a pensar uma possibilidade de romper com a racionalidade vigente e a busca de superação das negatividades constatadas.

Capítulo IV – Por uma dimensão ética da ação humana

1. – O ponto de partida da razão ético-crítica: as negatividades dos excluídos.

Constatamos ao longo dos capítulos anteriores diversos problemas que assolam o Direito Penal. Podemos, então, começar a apontar algo que parece ser uma direção possível a se tomar para que sejam superados os problemas em questão. Este momento do trabalho tem, antes, um caráter de ensaio, não tentando respostas definitivas, mas apenas traçaremos grosseiras linhas de um possível e amplo campo a se atuar. Portanto, não se deve buscar aqui uma suposta “cientificidade”, dado que, conforme veremos, a própria ciência é capaz de enrijecer o pensamento e vedar a proposição de mudanças, pois sua posição central estaria em risco.

Ao longo do primeiro capítulo, trabalhamos a questão da vida humana, enquanto pressuposto de toda a criação cultural. Os direitos fundamentais consistem em uma criação capaz de proporcionar ações tendentes a produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta. Diversos instrumentos podem ser utilizados para tais fins, tanto pela via pública quanto pela particular. Apesar disso, ainda existe um imenso contingente de pessoas que está excluído da possibilidade de acessar tais meios e, portanto, fica impossibilitado de concretizar fins reconhecidos pelos caminhos permitidos, devendo recorrer a alternativas ou ficar fadado à morte. A constatação da existência desses

excluídos não requer dados estatísticos, pois, em um país marginal como o nosso, a comprovação vem com os próprios fatos⁴²⁸.

Consoante Dussel, “o tema propriamente ético não se inicia tanto na *positividade* da vida humana, mas em sua *negatividade*: no não poder viver” (grifos no original)⁴²⁹. Tendo visto que todo o aparato institucional não consegue e, com sua manutenção, não conseguirá deixar de gerar excluídos. É necessário observar as negatividades, vê-las como não naturais, e afirmar as vítimas em sua *corporalidade* negada, ou seja, devemos dizer que eles devem viver. A miséria dos excluídos será nosso ponto de partida⁴³⁰.

Conscientes de que o ser humano é finito, tal característica possibilita a existência de negatividades⁴³¹. O sistema, que é uma criação humana, restará por gerar vítimas, as quais são “em grande parte não-intencionais”⁴³². Tais vítimas “são as que sofrem as imperfeições, os erros, as exclusões, as dominações, as injustiças, etc. das instituições empíricas não perfeitas, *finitas*, dos sistemas existentes. Quer dizer, o ‘fato’ de haver vítimas em todo sistema empírico é categórico e por isso a crítica é também necessária”⁴³³. A partir da constatação de que há vítimas, torna-se possível o exercício da razão crítica, a qual é *material e negativa*. É *material* por constatar que existem pessoas, reconhecidas como iguais viventes, que não estão conseguindo ou que não conseguirão viver nas condições em que se encontra. É *negativa* pois busca as causas dessas negatividades e busca negá-las⁴³⁴.

Aqueles que se encontram impossibilitados de inserção no sistema hegemônico estão na *exterioridade*. Então, para melhor desenvolver o raciocínio pretendido, devemos expor duas categorias usadas por Dussel: a *totalidade* e a *exterioridade*. Com relação à totalidade, devemos ter em mente a separação entre *mundo* e *cosmos*, conforme desenvolvida no primeiro capítulo. De acordo com o citado filósofo, “todo mundo é uma totalidade. Totalidade indica esse limite de limites (...). Efetivamente, é o limite dentro do qual todo ente (que pode ser objeto ou fato) encontra seu sentido. O mundo é a totalidade

⁴²⁸ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 38.

⁴²⁹ DUSSEL, E. D. *Ética da Libertação*, p. 321.

⁴³⁰ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 332.

⁴³¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 376.

⁴³² DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 377.

⁴³³ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 373.

⁴³⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 334.

fundamental; é a totalidade de totalidades”⁴³⁵. A totalidade é o mundo hegemônico, o plano da identidade, no qual têm sentido da forma que estão sendo. Os entes estão inseridos em um mundo, em uma totalidade, sendo que é pressuposta a possibilidade de, a partir dessa quotidianidade, trabalhar qualquer objeto seccionado desse mundo. A “ciência jurídica” pode fazer um corte nessa totalidade para estudar e aprofundar a noção de lei. O mundo tem um *fundamento*, a partir do qual é explicado. O fundamento é identidade, é igual a si mesmo, é de onde partem todas as outras noções⁴³⁶. “O mundo é uma totalidade de partes estruturadas, sejam homogêneas ou heterogêneas, que têm uma semelhança em algum aspecto. As partes do mundo são orgânico-funcionais; são como subsistemas ou sistemas componentes. (...) Muitas vezes, os que estudam os sistemas esquecem o sistema fundamental: o mundo”⁴³⁷. A totalidade é o fundamento, ponto de partida, que permite a explicação a partir de um ponto geral de elementos particulares (inseridos nesse todo)⁴³⁸. Todos os entes podem ser reduzidos ao mundo fundante, todas as noções culturais remetem ao fundamento da totalidade⁴³⁹.

A totalidade é finita, aberta. Jamais está completamente totalizada, mas em um eterno movimento de totalização em razão de seu caráter temporal⁴⁴⁰. A noção de *horizonte* expressa os limites da totalidade, é o *limite do mundo*⁴⁴¹. Dentro do campo da totalidade há apenas o mesmo. Ainda dentro deste há diferença. “A di-ferença supõe a unidade: o Mesmo. Ao passo que o dis-tinto (...) indica melhor a diversidade e não supõe uma unidade prévia: é o separado, não necessariamente procedente da identidade que como Totalidade os compreende”⁴⁴².

O distinto, algo que transcende o horizonte de uma totalidade finita, remete-nos à temática da *exterioridade*. Primeiramente, devemos ressaltar que apesar da comparação “fora da totalidade” para simbolizar a categoria que ora se analisa, não devemos pensar que a exterioridade está relacionada com um elemento territorial. Assim, Dussel explica que “a metáfora espacial pode levar a mais de um equívoco. Poderíamos denominar também a este ‘além’ do horizonte do ser do sistema uma *trancendentalidade interior*,

⁴³⁵ DUSSEL, E. D. *Filosofia da Libertação*, p. 29.

⁴³⁶ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 31-32.

⁴³⁷ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 32.

⁴³⁸ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 33.

⁴³⁹ LUDWIG, C. L. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação*, p. 126.

⁴⁴⁰ DUSSEL, E. D. *Para uma ética da libertação latino-americana*, v.1., p. 93.

⁴⁴¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 95.

⁴⁴² DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 98.

um ‘além’ do sujeito do sistema, de seu trabalho, de seu desejo, de suas possibilidades, de seu projeto”⁴⁴³. A relação entre a totalidade e a exterioridade ocorre de forma complexa. As pessoas não são integrantes de forma absoluta nem de um nem de outro sistema. Tal integração ocorre em níveis e mesmo pessoas que integram grupos hegemônicos podem estar inseridos na exterioridade de alguma relação⁴⁴⁴. Uma grande empresária que atua dentro da lógica do capital pode ser outro em uma relação homem-mulher, forma de opressão *erótica*.

Para melhor ilustrar a questão, podemos traçar de forma grosseira a questão da totalidade capitalista e uma sua exterioridade. Um pensador que conseguiu uma exposição bastante ampla e crítica do tema foi Karl Marx. As criações culturais existem na forma de entes, os quais recebem sentidos diversos em totalidades distintas. Assim, o dinheiro, a mercadoria, o produto são todos entes que recebem, atualmente, um determinado sentido a partir do fundamento da totalidade capitalista: o *capital*⁴⁴⁵. Seu elemento essencial seria o valor, o qual constitui a principal forma de manifestação do capital. Este mesmo permanece oculto, mas a forma de o perceber de modo mais essencial está no valor⁴⁴⁶. Assim, afirma-se “o *valor* como essência última do capital, como sua determinação universal. A totalidade é o capital, figurando o valor como seu momento essencial”⁴⁴⁷.

De acordo com Marx, o trabalho pode existir de forma *objetivada* ou *não-objetivada*. “Concebido *positivamente*, o trabalho não-objetivado, em sua existência subjetiva, é o ‘trabalho mesmo’, não como objeto, porém, como atividade” (grifos no original)⁴⁴⁸. O trabalho vivo (não-objetivado) não é, em si, *valor* (é, em verdade, a mais absoluta pobreza, entendida como a ausência de valor), mas é possibilidade de todo o *valor*. Por não ser *valor*, não está no capital: é, portanto, exterioridade. Porém, sem trabalho vivo não há valor e, então, não existe capital. Dessarte, o trabalho é exterior, mas, ao mesmo tempo, condição de possibilidade do capital⁴⁴⁹.

Por meio do contrato de trabalho, a pessoa que necessita vende sua força de trabalho (trabalho vivo) por determinado lapso temporal. Assim, o capitalista adquire a

⁴⁴³ DUSSEL, E. D. *Filosofia da Libertação*, pp. 45-46.

⁴⁴⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 53.

⁴⁴⁵ LUDWIG, C. L. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação*, p. 159.

⁴⁴⁶ LUDWIG, C. L. *Idem*, p. 160.

⁴⁴⁷ LUDWIG, C. L. *Idem*, p. 161.

⁴⁴⁸ LUDWIG, C. L. *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁹ LUDWIG, C. L. *Idem*, p. 163.

possibilidade de usar a força criativa de valor com tal objetivo. Desde então, *o trabalho é objetivado* e interpretado, adquire sentido, a partir do fundamento da totalidade (o capital). Antes, na visão de mundo da totalidade, era um elemento cultural sem qualquer sentido (exterioridade), mas quando se torna trabalho objetivo, é visto com uma carga cultural a partir da totalidade. Em síntese, “o trabalhador, da condição de *nada* exterior (...), passa à condição de uma *subjetividade dominada*. É nesse movimento que se situa a afirmação de Marx de que o trabalhador é um pressuposto do capital, por um lado, e, por outro pressupõe o capital. O trabalho assalariado do trabalhador pressupõe o capital” (grifos no original)⁴⁵⁰.

O outro objetivado surge para a totalidade como diferente, porém, é em verdade distinto e não deixa de sê-lo em função de sua subsunção⁴⁵¹. O Outro é um problema filosófico e uma questão importante a ser aqui tratada, não devendo ser um tema ignorado com rótulos como “carecedor de cientificidade”. “O Outro será a/o outra/o mulher/homem: um ser humano, um sujeito ético, o rosto como epifania da corporalidade vivente humana; será um tema de significação exclusivamente racional, filosófico e antropológico”⁴⁵². Veremos o que o citado autor quis dizer. Inicialmente, o outro é o diferente ou o distinto.

O outro como diferente é o outro totalizado, ou seja, aquele que é originariamente distinto, mas é interpretado e inventado a partir do fundamento da totalidade como diferente. Por exemplo, o trabalhador como trabalho vivo transformado em mão-de-obra passível de venda, como, por exemplo, no Direito do Trabalho é dito, eufemisticamente, que o vendido não é o trabalhador, mas seu *trabalho*⁴⁵³. Por isso a própria raiz da palavra di-ferença indica aquele que é arrastado e separado de uma identidade originária⁴⁵⁴. Assim, “o dominado vem a ser a di-ferença (‘o outro’) interior a ‘o Mesmo’. Se esse ‘outro’ tentasse arrogar-se o direito, a justiça, de se declarar não diferente, mas dis-tinto, ‘fora’ então da Totalidade ou como ‘exterioridade’ (o realmente Outro), significaria um perigo para ‘o Mesmo’ como totalidade-dominadora. Nesse caso seria necessário eliminar ‘o Outro’ que defende sua ‘exterioridade’”⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ LUDWIG, C. L. *Idem*, p. 165.

⁴⁵¹ DUSSEL, E. D. *Para uma ética da libertação latino-americana*, v.1., p. 56.

⁴⁵² DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 16.

⁴⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 501.

⁴⁵⁴ DUSSEL, E. D. *Para uma ética da libertação latino-americana*, v.1., p. 98.

⁴⁵⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 112.

O outro enquanto distinto é o momento meta-físico. Não se trata de uma temática religiosa, como a expressão costuma muitas vezes suscitar. Meta-física deve ser entendido como aquilo que está para além da totalidade, além do mundo lingüístico dominante. “Por isso poderia denominar-se: o *meta-físico*, o *trans-ontológico*; ‘o Outro’ como *além*, sempre *exterior* de ‘o Mesmo’” (grifos no original) ⁴⁵⁶. Por estar para além, “o Outro como outro é, enquanto tal e por último, incom-preensível e exterior ao meu mundo”⁴⁵⁷. Assim, por estar fora de todo o sentido da totalidade, não temos como entender, a partir de nós, o outro. Apenas a partir dele é possível iniciar alguma compreensão.

O início de tal processo se dá no *face-a-face*, no qual, por meio do *rosto*, ocorre a *interpelação*. O *face-a-face* é o momento de encontro com a alteridade, quanto duas exterioridades se juntam e, encostadas, expõem-se uma à outra. Aqui, na representação primeira, anterior a qualquer outra representação lingüística que se faça para o outro ⁴⁵⁸, é possível o crescimento conjunto de ambas as totalidades (uma exterior à outra), de tal forma que o resultado não é nem uma, nem outra, mas as duas⁴⁵⁹. A partir da totalidade que se pretende total, o rosto do outro não é visto como tal. É instrumentalizado e substituído pela *máscara*, ou seja, objetifica-se o outro que é interpretado a partir do fundamento da totalidade dominante. Assim, olha-se para a pessoa e diz-se: um trabalhador; um desempregado; um catador de papel. Interpreta-se o outro a partir do si-mesmo⁴⁶⁰. É necessário criar instrumentos que retirem tais máscaras para observar o outro como tal, para que seu rosto apareça e possa proceder às interpelações⁴⁶¹. Com estas, o outro nos envia mensagens a partir dele, porém, exatamente por isso o conteúdo é distinto e interpretar a partir do Mesmo é não compreender a alteridade. Ir ao outro é perigoso, pois é ir à exterioridade e correr o risco de ser perseguido pela totalidade. “A única maneira de decodificar adequadamente o significado pela palavra interpelante, subversiva, é realizando uma ação prática de serviço (...). Isso significa, para aquele que se encontra na totalidade semiótica vigente, colocar-se numa situação exterior, crítica, na

⁴⁵⁶ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 113.

⁴⁵⁷ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 116.

⁴⁵⁸ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 368.

⁴⁵⁹ DUSSEL, E. D. *Para uma ética da libertação latino-americana*, v.1., p. 114.

⁴⁶⁰ DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação*, p. 59

⁴⁶¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 68.

intempérie”⁴⁶². A forma mais essencial de interpelação ocorre pela manifestação de “dor”, significa expressar uma ofensa ao elemento mais fundamental da corporalidade⁴⁶³. O papel da filosofia, então, recebe imensa relevância, pois, diante da consciência crítica deve ir buscar os meios de formular tal mensagem da alteridade de forma a permitir sua compreensão pela totalidade e “devolver” a interpelação⁴⁶⁴. Teríamos aí o momento analético, o qual será desenvolvido adiante.

É o outro que causa a sensação estranha que sentimos quando olhamos para ele: é a prova cabal da opressão; é o que mostra que há fome, apesar de idealmente se imaginar o contrário; o outro destrói a imagem da sociedade de classe média alta e superior; faz com que se perceba que não existe o “todos” constitucional a quem são asseguradas garantias *fundamentais*. Assim, o sistema fetichizado⁴⁶⁵, cultuado como absoluto, perfeito e acabado, busca acabar com todas as mostras de sua própria falha. Para a totalidade divinizada o outro é a prova de seus vícios, a prova de sua imperfeição, logo deve ser destruído: apenas pela destruição do outro é que a totalidade pode voltar a ostentar sua imaginada perfeição. No discurso comum da lógica deturpada de um sistema fetichizado (o Direito Penal, por exemplo), é preferível a destruição de suas negatividades à sua superação em direção ao novo, à busca da superação das *vítimas não intencionais* ou os *sujeitos negados*⁴⁶⁶. É ele, o outro, que incomoda tanto e é o escolhido como inimigo. Tal prática é escondida ao máximo, mas nos países periféricos é que isso pode ser mais sentido, pois é onde as negatividades podem ser mais sentidas, fruto, em boa parte do *mito civilizador da Modernidade*, que vitima o inocente, o outro, “declarando-o causa culpável de sua própria vitimação e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência”⁴⁶⁷. Faremos, então, uma exposição de uma forma de encobrimento do outro: o distinto que é inventado como diferente. Depois da constatação do encobrimento, voltaremos os olhos para seu reconhecimento como outro e tentaremos expor aquilo que acreditamos ser um meio para o objetivo desejado (reconhecer o outro enquanto tal e negar suas negatividades a partir de sua interpelação).

⁴⁶² DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 131.

⁴⁶³ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 369.

⁴⁶⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 329.

⁴⁶⁵ DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação*, p. 102.

⁴⁶⁶ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*, p. 529.

⁴⁶⁷ DUSSEL, E. D. *1492: o encobrimento do outro*, pp. 75-76.

2. – O caminho moderno de negação do outro.

A negação da exterioridade não é elemento original da Modernidade, mas é algo que vem sendo sentido até hoje em função de diversos fatores, inclusive em razão de instituições lá criadas. Podemos situar, consoante Dussel que o citado período histórico tem sua origem muito ligada com a *gestão da centralidade do sistema-mundo*⁴⁶⁸. Até o século XV, a Europa era um mundo periférico. Tratava-se de “uma cultura isolada, que fracassara com as Cruzadas por não poder recuperar alguma presença num pólo nevrálgico do comércio do continente euro-asiático”⁴⁶⁹.

O ano de 1492 é apontado por Dussel como momento de convergência de três acontecimentos históricos de ampla importância: o "sistema-mundo" (enquanto possibilidade de uma determinada lógica/força abranger toda a extensão do planeta), o capitalismo (enquanto construção das bases geopolíticas para a acumulação original de capital) e a modernidade (ou, mais claramente, o eurocentrismo como fenômeno cultural determinante do sistema-mundo)⁴⁷⁰.

Se a conquista do novo mundo, e o sistema colonial com ela constituído, foi resultado de imperativos políticos e econômicos (e sabemos bem que assim foi), sob quais vestes éticas e jurídicas concretizou-se? Sustenta-se que as dimensões da empreitada não poderiam ter dado lugar senão a uma aplicação ostensiva de um *direito* natural e divino, recurso a uma justificação teológica e pedagógica, tributária de construções jurídicas e racionalizações cujo fundo nada tem de racional. Teoricamente, a efetivação maior daquilo que *Dussel* chama de *mito da modernidade*, isto é, das contradições inerentes ao processo originário de constituição da subjetividade moderna⁴⁷¹.

Para tanto, pergunta-se, discursivamente, qual é o *status* atribuído aos habitantes deste novo mundo? Em que situação jurídica são enquadrados, para que melhor se possa sujeitá-los? A incorporação unilateral aqui presente é antes uma reificação jurídica: imaturos (física e espiritualmente) é o que se dirá deles, menores, preguiçosos, covardes e culpados (culpados de paganismo, de incivilidade, de subdesenvolvimento). Portadores

⁴⁶⁸ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 59.

⁴⁶⁹ DUSSEL, E. D. *1492, o encobrimento do outro*, p. 112.

⁴⁷⁰ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 15-16.

⁴⁷¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 82.

de uma minoridade auto-infligida, nada mais justo e correto que sejam corrigidos, educados e exterminados (seus corpos, sua cultura, sua religião).

A Europa, influenciada pela percepção de mundo vigente até então, era posicionada no extremo oeste do globo. Com a hegemonia nas mãos dos grupos islâmicos, o continente europeu era a periferia do mundo central, sendo que “em nada é superior ao mundo muçulmano; muito pelo contrário, guarda uma posição complexada de inferioridade, isolada, verdadeiro ‘finis terrae’ (no extremo ocidental do continente asiático-afro-europeu)”⁴⁷². Na periferia do mundo europeu estavam, de um lado, a Península Ibérica e a Rússia, de outro. A partir desses extremos marginais ocorre a expansão européia⁴⁷³.

Quando o europeu chegou no continente americano, interpretou tais terras como a costa leste asiática. Os povos que ali encontrou foram vistos como asiáticos, reflexo este que até hoje os “índios” são assim chamados em função da Índia. Como se imagina o mundo dividido em três continentes, ao chegar nas terras do “novo” continente, o aparato lingüístico fez crer ser ali a Ásia. Em virtude disso, Dussel afirma que houve uma verdadeira “‘invenção’ do ‘ser-asiático’ da América”⁴⁷⁴. Isso era bastante coerente com a visão mundo do europeu da época e mostra uma forma bastante clara do que é interpretar o outro a partir do si-mesmo da totalidade. Significa projetar a própria subjetividade ao outro.

O ponto mais importante envolve o “descobrimento” como forma de mudança da visão de mundo da época e, ao mesmo tempo, como formação do outro dominado pela Europa. Com as navegações, o pequeno continente consegue rotas alternativas para a integração no comércio e, ao mesmo tempo, conseguem o necessário para a formação da ideologia eurocêntrica e da falácia desenvolvimentista⁴⁷⁵. A Europa passa de periferia a centro do sistema-mundo, o que permite o início da Modernidade⁴⁷⁶. Para filósofos como Hegel, buscando a afirmação dessa concepção de mundo, o processo histórico tinha um desenvolvimento espacial (do oriente para o ocidente e, dentro da Europa, do sul para o

⁴⁷² DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 44.

⁴⁷³ DUSSEL, E. D. *1492, o encobrimento do outro*, p. 114.

⁴⁷⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 31.

⁴⁷⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 17.

⁴⁷⁶ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, pp. 59-60.

norte). Justificava-se a negação da África e da América, bem como a legitimação da dominação de ambos os continentes em favor de seu “desenvolvimento”⁴⁷⁷.

O principal esquema teórico criado para tal foi o *mito da modernidade*. A própria aceção de modernidade tem um duplo sentido. O primeiro, enquanto noção *positiva*, tem relação com as formas declaradas de a entender, ou seja, como período de iluminação, emancipação e desenvolvimento da humanidade. O segundo sentido de modernidade, como idéia *negativa*, expõe aquilo que o discurso encobre. O mito da modernidade é assim sintetizado por Dussel⁴⁷⁸:

a) a civilização moderna se autocompreende como mais desenvolvida, superior (o que significará sustentar sem consciência uma posição ideologicamente eurocêntrica). b) A superioridade obriga, como exigência moral, a desenvolver os mais primitivos, rudes bárbaros. c) O caminho do referido processo educativo de desenvolvimento deve ser seguido pela Europa (é, de fato, um desenvolvimento unilinear e à européia, o que determina, novamente sem consciência alguma, a “falácia desenvolvimentista”). d) Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se for necessário, para destruir os obstáculos de tal modernização (a guerra justa colonial). e) Esta dominação produz vítimas (de muitas variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com o sentido quase-ritual de sacrifício; o herói civilizador investe suas próprias vítimas do caráter de ser holocaustos de um sacrifício salvador (do colonizado, escravo africano, da mulher, da destruição ecológica da terra, etc.). f) Para o moderno, o bárbaro tem uma “culpa” (o fato de se opor ao processo civilizador) que permite que a “Modernidade” se apresente não só como inocente mas também como “emancipadora” dessa “culpa” de suas próprias vítimas. g) Por último, e pelo caráter “civilizatório” da “Modernidade”, são interpretados como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (ou custos) da “modernização” dos outros povos “atrasados” (imatuross), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser fraco, etc.

A longa citação resume de forma bastante clara o que o discurso eurocêntrico do desenvolvimento procura esconder. O mito civilizador opera uma inversão ética: faz da violência bondade. Posto que irracionais e carentes de religião verdadeira, o “mundo da vida” dos povos americanos (do Outro) não poderia ser mais do que cosmos, um território em branco, aberto à exploração e à incorporação. Em verdade, trata-se de legalidade que previne a possibilidade de comunicação entre iguais, pois seu princípio

⁴⁷⁷ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 18-20.

⁴⁷⁸ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 185-186.

mesmo é o da assimetria teológica e racional originária. Ao cristianismo é atribuída natural superioridade em face às religiões indígenas.

Como é possível perceber, tal mito não era usado apenas para justificar a dominação com relação a outros povos em âmbito internacional. O próprio cárcere era um aparato usado com base em tal discurso encobridor: a pessoa que não estava inserida nas formas reconhecidas de produção sofriam uma violência “para seu próprio bem”. No fim, essa violência é justificada, pois a *culpa* é da própria pessoa sobre quem recai a pena, pois está tentando viver de uma forma diferente daquela fruto da experiência dos membros superiores da sociedade.

Com o eurocentrismo, a humanidade teria chegado em um nível de desenvolvimento último, sem possibilidade de mudanças, apenas o deslocamento linear a partir de então. Tudo que era diferente era valorado de forma inferior. Três exemplos podem ser citados: o *oriente*, o *selvagem* e a *natureza*. O oriente é o local da alteridade, pois o ocidente necessita de um não-ocidente para se identificar como tal⁴⁷⁹. É reconhecido como civilizado, mas trata-se de uma civilização infantil, o berço histórico do ocidente, portanto, imaturo. Se a Europa é o pleno desenvolvimento (uma espécie de idade adulta), o oriente seria a infância. Em função do atraso oriental, a sua afirmação significa retrocesso, colocando em risco as conquistas européias. O ocidente se coloca então, vulnerável frente a possibilidade de afirmação do oriente e, diante do medo, legitima-se a violência contra os povos do leste. Com instrumentos de vitimização do ocidente, permite-se a opressão do oriente: utiliza-se a violência contra o outro antes que este possa exercer uma possível violência contra a totalidade⁴⁸⁰.

“Se o Oriente é para o ocidente o lugar da alteridade, o selvagem é o lugar da inferioridade”⁴⁸¹. Assim, o selvagem (africano e americano) não é um humano incompleto (como o oriental), mas um ser não-humano. Como ser irracional, necessário que seja “racionalizado”, civilizado, o selvagem deve ser mantido apenas como instrumento dotado de utilidade. Isso permite a aplicação do mito da modernidade em sua forma mais clara, bastando observar as discussões que tiveram bastante força no século XVI entre Juan Ginés de Sepúlveda e Bartolomé de Las Casas. Aquele afirmava como os selvagens eram inferiores e, para que pudessem crescer, deveriam se submeter da forma

⁴⁷⁹ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, p. 182.

⁴⁸⁰ SANTOS, B. de S. *Idem*, pp. 184-185.

⁴⁸¹ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 185.

mais absoluta possível aos europeus (enquanto povo superior), sendo que tal dominação era o melhor, inclusive para os dominados. Diante de resistência, o europeu deveria, como uma obrigação moral, inclusive usar a violência para conseguir a dominação. O jurista e teólogo fundamenta sua idéia sobre os seguintes fundamentos: a conquista é civilizadora, a dominação eurocêntrica tem caráter pedagógico e as guerras necessárias à consecução de ambas são, conseqüentemente, justas. Os culpados por estas guerras são, naturalmente, os nativos que as tornaram necessárias ao não se mostrarem capazes de emergir por conta própria de sua ignorância. A realização de tal conquista é admirável, um meritório ato de fé e de bondade. Quanto aos efeitos secundários causados sobre os povos conquistados, entende-se que sejam duplamente justos: como parte necessária de um processo maior intrinsecamente legítimo e enquanto expiação da culpa que os nativos tem por sua imaturidade⁴⁸². De Las Casas, por seu turno, denunciava o discurso encobridor e afirmava que os negros e índios não eram inferiores, sendo a resistência deles uma luta legítima contra uma dominação ilegítima⁴⁸³.

Francisco de Vitoria, inserido no contexto histórico dessa discussão, afirma que os índios *eram*, até a chegada dos espanhóis, os donos das terras do continente americano tanto de forma pública quanto privada⁴⁸⁴. É interessante perceber como os europeus, com tais argumentos, projetavam sua racionalidade ao outro e a partir das concepções do mundo central, interpretavam a situação do outro. Por exemplo, a questão da propriedade pública e privada não faria qualquer sentido aos índios, pois o fundamento de interpretação do mundo se dava de forma distinta. Curioso reparar que o próprio autor reconhece que os índios tinham faculdades racionais ao explicitar que “não são dementes, mas a seu modo têm o uso da razão. Está claro, porque têm uma certa ordem em suas coisas, possuem cidades estabelecidas ordenadamente, levam vida matrimonial claramente constituída, possuem magistrados, senhores, leis, artesãos, mercadores, todas as coisas que requerem o uso da razão”⁴⁸⁵. Assim, eles seriam “racionais” por terem algumas instituições semelhantes àquela dos europeus. Percebe-se como eles eram inventados a partir do colonizador. Os discursos encobridores pregando o “desenvolvimento”, a partir de uma concepção central de tal “evoluir”, são vigentes até

⁴⁸² DUSSEL, E. D. 1492, *o encobrimento do outro*, p. 75.

⁴⁸³ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, p. 187.

⁴⁸⁴ VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra*, p. 58.

⁴⁸⁵ VITORIA, F. *Idem*, p. 56.

hoje, difundidos pela ONU, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, grandes multinacionais, dentre outros, porém, “enfeitados publicamente com declarações de solidariedade e direitos humanos”⁴⁸⁶.

A *natureza*, por sua vez, é o local da exterioridade. Como algo sobre o qual nada sabemos, a ameaça da irracionalidade natural deve ser combatida com mecanismos que sejam capazes de transformá-la em recurso para exploração. A civilização deve ser capaz de explorar a natureza em seu favor, o que envolve um amplo projeto de dominação. Com a natureza e com o selvagem “as estratégias de conhecimento são basicamente estratégias de poder e dominação”⁴⁸⁷.

Esses três exemplos de alteridades à Europa moderna representam formas de diferenças que são instrumentalizadas e dominadas para a manutenção de um modelo de vida dominante. Tal forma de organização social foi sendo formada com a ascensão da burguesia mercantil, o que superou um outro modelo anterior. Porém, em períodos de mutação social, o grupo que busca a sua afirmação, quando consegue, procura permanecer. A visão de mundo moderna, no entanto, ao conceber a Europa como o passo final da evolução humana, faz com que se tenha uma crença no intelecto e no ser humano a ponto de afirmá-lo perfeito. Tal suposição de perfeição abre caminho à fetichização do sistema, tendência de todo o sistema⁴⁸⁸. Quando se chega ao “fim da história”, as opressões que existem e são percebidas não podem ser mudadas. Ao mesmo tempo, aqueles que sofrem as negatividades reparam que muitas acabam sendo agravadas com o tempo. Assim, se os problemas não podem ser resolvidos e o futuro reserva algo pior para as grandes populações, quem está em posição vantajosa prefere que assim continue e quem está em situação desvantajosa prefere que dessa forma permaneça, pois é possível ser pior⁴⁸⁹. A fetichização proporciona uma inversão entre meios e fins. No capitalismo, por exemplo, a pessoa se torna um meio (trabalhador alienado como mera força de trabalho objetificada) e o capital se torna um fim (a acumulação a qualquer custo)⁴⁹⁰.

“O ego europeu, e posteriormente de todo o ‘centro’, constitui uma Totalidade divinizada, fetichizada; esta divindade exige que os oprimidos da periferia (e os que se encontram dentro da ‘ordem’ divinizada: a criança, a mulher e o trabalhador) lhe prestem

⁴⁸⁶ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 188.

⁴⁸⁷ SANTOS, B. de S. *Idem*, *ibidem*.

⁴⁸⁸ DUSSEL, E. D. *Filosofia da Libertação*, p. 103.

⁴⁸⁹ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, pp. 52-53.

⁴⁹⁰ DUSSEL, E. D. *Método para uma filosofia da libertação*, p. 272.

culto obrigatório” (grifos no original)⁴⁹¹. Vários instrumentos são utilizados para a manutenção de tal sistema, sendo possível citar a questão dos conhecimentos regulação e emancipação trazida por Boaventura de Sousa Santos. Segundo a divisão do autor, cada uma dessas formas de conhecimento comportam, idealmente, um ponto de ignorância e outro de saber absoluto. No *conhecimento-regulação* a ignorância absoluta é o *caos*, enquanto o saber absoluto é a *ordem*. No *conhecimento-emancipação* a ignorância absoluta é a *colonização* (entendida como a objetificação do outro) e o saber absoluto é a *solidariedade* (possibilita a construção e reconstrução das relações intersubjetivas). Ambas as formas de conhecimento se relacionam de forma dinâmica, mas ao longo da Modernidade tivemos a ascensão da regulação em detrimento da emancipação, o que permitiu uma reformulação das formas de saber⁴⁹². Com tal recodificação, “o estado de saber no conhecimento-emancipação passou a estado de ignorância no conhecimento-regulação (a solidariedade foi recodificada como caos) e, inversamente, a ignorância no conhecimento-emancipação passou a estado de saber no conhecimento-regulação (o colonialismo foi recodificado como ordem)”⁴⁹³. A mudança social acaba sendo uma forma de caos, o que deve ser combatido. A luta dos grupos negados é combatida, pois ao almejam a solidariedade, são interpretados como caos e, logo ameaça ao sistema fetichizado. A colonização desses grupos é justificada com a roupagem da necessária ordem⁴⁹⁴.

A consequência dessa recodificação é amplamente percebida no Direito com as buscas incessantes pela “certeza jurídica”. Não se importam com as consequências nas relações intersubjetivas, sendo o objetivo principal a “pacificação social” enquanto ordem estática e inabalável a ser alcançada. A coisa julgada depois de um longo processo torna-se imutável e, ingenuamente, acredita-se que as relações entre as pessoas estarão seguras em função da ordem e da certeza. Da mesma forma, para não se ter problemas, criam ficções como a onisciência legal da sociedade. Em nome da ordem, presume-se que todas as pessoas conhecem todas as leis, o que em uma sociedade marginal como a nossa acaba sendo algo bastante caricato.

⁴⁹¹ DUSSEL, E. D. *Para uma ética da libertação latino-americana*, v. 5, p. 27.

⁴⁹² SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente*, pp. 78-81.

⁴⁹³ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 79.

⁴⁹⁴ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, p. 86.

Nos diversos campos sociais, a ordem exigiu uma unificação e linearidade das instituições. Tende-se a reconhecer apenas uma forma de desenvolvimento da vida social: apenas uma forma de conhecimento (ciência), apenas um modelo educacional, apenas uma religião (centralizada no cristianismo, sendo as outras meramente toleradas), apenas uma forma de manutenção da saúde, apenas um único modelo de regulação social (direito), uma única forma produtiva, um único modelo familiar, etc. Outras culturas e outras filosofias pretenderam apresentar uma visão de mundo como a concepção humana perfeita e acabada, porém, o primeiro etnocentrismo que conseguiu tal domínio em escala global foi o eurocentrismo: “universalidade e europeísmo tornam-se idênticos; e desta falácia reducionista que deve *libertar-se a filosofia*” (grifos no original)⁴⁹⁵. A Modernidade, então, unificou a vida social a partir de um modelo de vida, o qual coincide com o das classes dominantes. Uma representação bastante clara disso está no Código Civil: a pessoa que nasce e tem os direitos (sem poder exercê-los plenamente); vai adquirindo capacidade de acordo com a possibilidade de administração de seu patrimônio; contrata para adquirir propriedade; esta deve, então, ser protegida e regulada (direitos reais, de família e sucessório). O sistema jurídico, também fetichizado, define um sujeito e tudo o que não está nessa previsão abstrata é não-sujeito⁴⁹⁶. Isso faz com que os muitos que não correspondem e não conseguem inserção nas formas prescritas institucionalmente para a vida social restam negados.

3. – Do reconhecimento à afirmação da alteridade negada.

Percebemos que a Modernidade traçou um norte de vida que tem pretensão de universalidade. Dentre as várias formas de alteridade negadas, temos os presidiários como alvo do discurso bastante semelhante ao usado para encobrir a dominação dos indígenas. Ainda hoje temos afirmações que procuram justificar o Direito Penal não apenas com uma finalidade sancionatória, mas que, também, “antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste”⁴⁹⁷. Se a “ordem jurídico-penal” é fruto de uma visão de mundo dominante e, ao mesmo tempo, não comporta a inclusão de todos, o que faz com que, mesmo querendo, muitos não possam fazer outra coisa senão dela se afastar.

⁴⁹⁵ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 67.

⁴⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*, p. 130.

⁴⁹⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, v.1., p. 4.

A totalidade fetichizada pretende ter a capacidade de uma inclusão geral. Afirma-se que é possível que todos os integrantes da sociedade vivam, mas, para tal, precisam se adequar a um modo de vida prescrito. É possível afirmar que “o projeto do sistema imperante impõe-se a todos, univocamente. (...) Quem resiste é seqüestrado, encarcerado, torturado, expulso, morto”⁴⁹⁸. Porém, mesmo que todos queiram aceitar os valores dos grupos dominantes, ainda assim não há espaço para a inclusão geral. O fetichismo, para que a totalidade não seja estruturalmente modificada, impele a negação da alteridade. Ao invés de tentar acabar com aqueles que não conseguem inclusão, devemos ter a capacidade de afirmar a diferença a permitir a convivência de grupos plurais. No entanto, a con-vivência pressupõe que uma vivência prévia é permitida, o que hoje não ocorre.

Os aparelhos ideológicos de Estado constituem o meio institucionalizado de acesso à produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta. A educação reconhecida é conseguida apenas pelo meio escolar; a saúde reconhecida é mantida apenas pela medicina institucional; o conhecimento “válido” apenas é feito nos moldes científicos; a atuação política apenas pode ocorrer pelos canais reconhecidos; o acesso a bens materiais, necessários ou não à vida, só se dá pelas formas juridicamente reconhecidas (“celebração” de um contrato de compra-e-venda⁴⁹⁹); o Direito monista é construído a partir de um centro. O acesso a todos esses meios não é fornecido a todos. O que muitas lutas hoje pretendem é a ampliação desse acesso para o maior número de pessoas possível, idealmente para todos. Tal solução poderia ser a melhor, se não fosse por um erro fundamental: o modo de vida das classes dominantes não é, necessariamente, o melhor e sequer é desejado por todos os grupos. Assim, não devemos simplesmente pensar em permitir o acesso aos meios institucionais de produção, reprodução e desenvolvimento a vida a todos os que desejam, mas precisamos criar mecanismos que permitam afirmar formas distintas de vida e meios para sua concretização.

Com a afirmação da alteridade negada, busca-se evitar o processo de *alienação*. O outro, enquanto distinto do “mesmo” da totalidade, coloca em risco a unidade. “O sábio é o encarregado em sua ontologia de mostrar o perigo que o outro significa para o todo, a totalidade. Assinala então claramente o inimigo do sistema: o diferente, o

⁴⁹⁸ DUSSEL, E. D. *Filosofia da Libertação*, p. 57.

⁴⁹⁹ Para aqueles que nada têm, resta a venda da força de trabalho para apenas depois conseguir a propriedade. Para os muitos que não têm espaço para tal, resta, de forma institucional, a morte.

outro”⁵⁰⁰. Quando se pretende ter uma totalidade capaz de dar conta de todas as dimensões da vida, sem nada deixar escapar, o outro é trazido para a totalidade como alienado. Apesar de não deixar de ser distinto, pretende-se afirmá-lo como uma peça integrante do modelo social. Sintetizando, “a alienação de um povo ou indivíduo singular é fazer-lhe perder seu ser ao incorporá-lo como momento, aspecto ou instrumento do ser de outro”⁵⁰¹. O diferente é, assim, incorporado a um sistema que não corresponde ao seu ser, sendo reificado, “coisificado”. Porém, a própria instrumentalização é essencial à totalidade. Na totalidade capitalista o outro como *trabalho vivo* (ou seja, como pessoa com potencial produtivo) é transformado em força de trabalho, vendida com a finalidade de produzir em favor de alguém, sendo os frutos de tal trabalho percebidos por outra pessoa que não o trabalhador. “O trabalho, como momento subsumido ‘pressupõe o capital’, mas isso acontece porque, previamente, o trabalho é o essencial ‘pressuposto do capital’”⁵⁰². O trabalho vivo acaba sendo transformado em uma criação cultural capaz de sustentar um modelo social capitalista: o *capital* é pressuposto do trabalho (como mediação, como criação cultural alienada e não mais como trabalho vivo) e, ao mesmo tempo, o trabalho é pressuposto da totalidade capitalista⁵⁰³. A visão de mundo dominante reproduzida pelos vários aparelhos ideológicos de Estado (aos quais não se permitem alternativas) atua “como moral vigente da burguesia, e introjetada no trabalhador, que aceita o capital como um dado natural, como riqueza amassada pelo trabalho e pela justiça, e de onde o lucro é um direito próprio do capitalista pela propriedade dos bens que seu trabalho originário produziu”⁵⁰⁴.

Da constatação das negatividades (ponto de partida da razão ético-crítica), podemos pensar formas de superá-las sem necessariamente exigir a cooptação ou alienação da exterioridade. Podemos trazer o exemplo da assim chamada *ecologia dos saberes*, enquanto forma proposta por Boaventura de Sousa Santos para afirmar formas distintas de produção do conhecimento. O citado autor contrapõe as ecologias às monoculturas: estas como formas únicas de atuação em certo campo, aquelas como uma forma plural de atuação. Como exemplo, Sousa Santos cita cinco formas de *produção de não-existência: a monocultura do saber e do rigor do saber; monocultura do tempo*

⁵⁰⁰ DUSSEL, E. D. *Filosofia da Libertação*, p. 56.

⁵⁰¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 58.

⁵⁰² DUSSEL, E. D. *Método para uma Filosofia da Libertação*, p. 268.

⁵⁰³ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 271.

⁵⁰⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 272.

*linear; lógica da classificação social; lógica da escala dominante; e a lógica produtivista*⁵⁰⁵.

Na *monocultura do saber*, temos a “transformação da ciência moderna e da alta cultura em critérios únicos de verdade e de qualidade estética respectivamente”⁵⁰⁶. Tudo o que a ciência moderna e a alta cultura não reconhecem acaba como ignorância ou incultura. A *monocultura do tempo linear* globaliza um tempo histórico único e linear, sendo que os países hegemônicos representam aquilo que é avanço, enquanto aqueles que são inadequados a tais modelos de “desenvolvimento” restam excluídos como atrasados, obsoletos, etc. A *lógica da classificação social* separa os membros de diferentes grupos sociais, mas reconhece apenas alguns como dominantes, o que termina por naturalizar hierarquias sociais⁵⁰⁷. A *lógica da escala dominante* enfatiza o universal e o global em detrimento do particular e do local. Normalmente ocorre a universalização de particularismos e a globalização de localismos, ambos os modelos são impostos para todos os outros (por exemplo, hoje o modelo de vida europeu e norte americano tido como global é imposto aos demais países, pois aqueles são tidos como globais). Por último, a lógica produtivista resulta na afirmação de uma única forma produtiva por excelência com a finalidade única e inquestionável de crescimento econômico. “A natureza produtiva é a natureza maximamente fértil num dado ciclo de produção, enquanto o trabalho produtivo é o trabalho que maximiza a geração de lucros igualmente num dado ciclo de produção”⁵⁰⁸.

Com o objetivo de reconhecer a diferença e a pluralidade nos diversos campos sociais, sustenta-se a necessidade de substituir tais *monoculturas* por *ecologias*. “Entendo por ecologia a prática de agregação da diversidade pela promoção de interações sustentáveis entre entidades parciais e heterogêneas”⁵⁰⁹. Contrapondo às cinco monoculturas citadas, o autor português expõe cinco ecologias: *ecologia dos saberes*, *ecologia das temporalidades*, *ecologia dos reconhecimentos*, *ecologia de trans-escalas*, *ecologia das produtividades*⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, pp. 102-105.

⁵⁰⁶ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 102.

⁵⁰⁷ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 103.

⁵⁰⁸ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 104.

⁵⁰⁹ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 105, nota 17.

⁵¹⁰ SANTOS, B. de S. *Idem*, pp. 106-115.

A *ecologia dos saberes* é “a lógica da monocultura do saber e do rigor científicos (...) tem de ser confrontada com identificação de outros saberes e de outros critérios de rigor que operam credivelmente nas práticas sociais”⁵¹¹.

Tratando da *ecologia das temporalidades*, temos que as concepções de temporalidade são culturais⁵¹², a forma como as pessoas relacionam presente, passado e futuro, longo e curto prazos, etc., são todos elementos variáveis. Ao mesmo tempo, as concepções de tempo também têm íntima relação com a forma de se entender o poder. Assim, ao reconhecer e buscar permitir a convivência entre diferentes culturas, devemos levar em conta como cada grupo concebe e se relaciona com o tempo⁵¹³.

A *ecologia dos reconhecimentos* busca reconhecer não apenas o diferente, mas também o distinto. Considerando que as várias manifestações de diferentes coletividades compõem o corpo social – que é plural – faz-se necessário não inferiorizar o distinto e afirmá-lo enquanto outro⁵¹⁴. Dentro da temática que estamos trabalhando, tal ecologia recebe um papel praticamente central, pois o cárcere, como forma de gestão e manutenção da exclusão, passa a ser observado com outros olhos. Tal questão será mais bem trabalhada adiante.

Com relação à *ecologia de trans-escalas*, busca-se a “recuperação simultânea de aspirações universais ocultas e de escalas locais/globais alternativas”⁵¹⁵. Os universalismos são questionados e o próprio fenômeno de globalização é posto em xeque como forma de globalização de um localismo que se torna hegemônico. Diversas globalizações distintas podem existir e co-existir. Torna-se necessário formar novas ligações entre o global e o local, bem como entre o universal e o particular, fazendo com isso a criação de novas globalizações e possíveis relações interculturais. Tal dinâmica entre as escalas é o que caracteriza a ecologia de trans-escalas⁵¹⁶.

Na *ecologia das produtividades* temos a “recuperação e valorização dos sistemas alternativos de produção”⁵¹⁷. Não se trata de buscar e obrigar a integração de

⁵¹¹ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 106.

⁵¹² O que ganha ainda mais importância no Direito Penal, já que a pena é medida em privação de liberdade por dado tempo, reconhecer que as relações com o tempo têm ligação com cada cultura, a condenação penal ganha um amplo campo para pesquisa.

⁵¹³ SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, pp. 109-110.

⁵¹⁴ SANTOS, B. de S. *Idem*, pp. 110-111.

⁵¹⁵ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 112.

⁵¹⁶ SANTOS, B. de S. *Idem*, pp. 112-113.

⁵¹⁷ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 113.

todos os excluídos das formas produtivas – mesmo que paradoxalmente estas não tenham espaço para comportar todos aqueles que se encontram impossibilitados de acessá-las – mas permitir formas distintas de produção. É possível, a partir daí, levantar duas questões relativas a esta ecologia. A primeira é o desafio de buscar, permitir e aceitar formas distintas de produção, buscando sua valorização e não seu descrédito. A segunda amplia a idéia de economia, passando para dentro da temática de produção a elementos como participação democrática, solidariedade entre nações, preservação ambiental, superação de negatividades sociais e étnicas, dentre outros temas⁵¹⁸.

Percebemos com a temática das ecologias que diversas formas de manifestação de alteridades restam negadas. Diante da constatação desse diversos “outros” negados, Boaventura de Sousa Santos propõe uma *sociologia das ausências* e uma *sociologia das emergências*. A primeira é “uma investigação que visa demonstrar que o que não existe é, na verdade, activamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe. (...) O objectivo da sociologia das ausências é transformar objectos impossíveis em possíveis e com base neles transformar as ausências em presenças”⁵¹⁹. Tal idéia não é capaz de ser praticada, ou sequer cogitada, quando temos formas únicas (institucionais) de produção, reprodução e desenvolvimento da vida. Em virtude disso, torna-se necessário criar ecologias nos mais distintos campos, fazendo com que os diversos “outros” encobertos passem a ser afirmados enquanto tal. A sociologia das ausências procura, então, negar as negatividades⁵²⁰.

A *sociologia das emergências* não lida com o não concretizado, mas com aquilo que é possível de o ser. Levantam-se as possibilidades e aquilo que é postergado a um futuro distante que jamais será é apontado como realizável. O elemento presente em um ponto quase infinito no tempo futuro é trazido para a imediatidade, quase presente que logo poderá ser⁵²¹. “A sociologia das emergências consiste em proceder a uma ampliação simbólica dos saberes, práticas e agentes de modo a identificar neles as tendências de futuro (o Ainda-Não) sobre as quais é possível para maximizar a probabilidade de esperança em relação à probabilidade de frustração”⁵²². Com isso, dois objetivos são

⁵¹⁸ SANTOS, B. de S. *Idem*, pp. 113-115.

⁵¹⁹ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 102.

⁵²⁰ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 115.

⁵²¹ SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 117.

⁵²² SANTOS, B. de S. *Idem*, p. 118.

buscados: “por um lado, conhecer melhor as condições de possibilidade da esperança; por outro, definir princípios de ação que promovam a realização dessas condições”⁵²³.

Um dos principais instrumentos que evita o reconhecimento dessas muitas alteridades negadas e encobertas está na forma de produção do conhecimento. Tal dimensão ganha importância aqui em função do local em que este trabalho se insere: o conhecimento desenvolvido nas faculdades de Direito, não raro, é feito na Academia e para a Academia. É, na esmagadora maioria das vezes, uma linguagem e uma temática postas de tal forma que se torna impossível de ser trabalhada em campo externo, com pessoas concretas que são excluídas da formação desse discurso. Tal inclusão seria possível, mas modo de exposição deveria ser modificado, o que negaria o excessivo rigorismo das formas acadêmicas. Porém, assim sendo, não seria reconhecido como *científico*. Para facilitar tal exposição, ressalta-se a divisão que Enrique Dussel faz entre *ato teórico*, *prático*, e *poiético*. Para melhor entendimento da discussão que ora se trava, é necessário aprofundar a explicação de tais categorias.

O *ato teórico* tem sua base etimológica na palavra grega *theoria*. Deve ser entendido como uma ação de contemplação, na qual o observador assume uma postura passiva e buscará a dita “verdade”. O instrumento principal do ato teórico é a interpretação, com que se busca uma demonstração prévia. Ressalta-se a separação entre o objeto cognoscível e o sujeito de conhecimento, como dois pólos separados e que, na *theoria*, não se envolvem. Em tese, não haveria interferência do intérprete sobre o objeto e vice-versa. O ponto culminante do ato teórico, ou seja, quando é possível percebê-lo mais claramente, está na *ontologia* (estudo dos entes naturais) e na *ciência*. A compreensão comum da realidade é ingênua e, se considerarmos que tal compreensão é posta em questão pela ciência, esta é crítica com relação àquela. Podemos, para não tornar a explicação demais extensa, resumir a noção de ciência (para Dussel) em “uma explicação dos dados da experiência por teorias”⁵²⁴.

Por sua vez, *ato prático*, com base na palavra grega *praxis*, é ação não mais passiva. É meio que produz a proximidade com o outro na forma de justiça. Aqui, o instrumento por excelência é o *ato decisório*, a *deliberação prévia*. É de se levantar a questão de que enquanto na *theoria* há interpretação, pretensamente sem influência direta

⁵²³ SANTOS, B. de S. *Idem, ibidem*.

⁵²⁴ DUSSEL, E. *Filosofia da libertação*, p. 162.

entre o objeto e o intérprete, no ato prático há relação intersubjetiva, principalmente *totalidade-exterioridade*. O ato prático é técnica de tomada de decisões práticas. O campo em que estas são mais perceptíveis é a *política* (relação irmão-irmão). Porém, não é apenas nela que ocorrem decisões práticas, mas também na erótica (relação homem-mulher), na pedagógica (relação pais-filhos; educador-educando), no antifetichismo (relação totalidade divinizada com exterioridade interpelante), dentre outros. A política é, no entanto, o ponto que, aqui, mais daremos ênfase. Deve ser entendida em um sentido muito mais amplo do que aquele do senso comum. Conforme explica *Dussel*, política “não inclui somente a ação de um político, profissional da política, mas toda ação humana social prática que não seja erótica, pedagógica ou antifetichista estritamente. É tanto o governante como o governado, o nível internacional, nacional, de grupos ou classes sociais, de formações sociais e seus modos de produção etc. Com a expressão irmão-irmão queremos sugerir esta amplíssima extensão conceitual”⁵²⁵.

O *ato poiético*, cuja raiz etimológica está no grego *poiesis*, é a ação de produção. É o ato de transformar a matéria bruta em um instrumento, através da interferência humana (seja ela intelectual ou manual). O ato poiético é comparado ao trabalho, com o qual se modifica a matéria, dando-lhe uma estrutura a ser aplicada a um fim. Deste modo, é funcional, no sentido de dar uma função à matéria trabalhada. A *poiesis* é trabalho sobre a matéria cósmica, incorporando-a ao mundo, ou seja, dando-lhe caráter cultural. É, portanto, *técnica de transformação do mundo*. Mais uma vez é possível perceber que “a teoria descobre o que os entes 'já' são; a *poiesis* produz os entes que 'ainda-não' são”⁵²⁶. Assim, enquanto o ato teórico e o poiético estão no âmbito do *mundo*, o ponto de atuação originário da *poiesis* é o *cosmos*.

Tem-se então um complexo entrelaçado nas teoria, *poiesis* e prática. Pode-se ter uma técnica (*poiesis*) anterior e que, por razões de força política (*prática*), começa a ser refinada pela ciência (*teoria*) para um maior domínio e que será novamente aplicada na produção de entes (*poiesis*). Em momento algum há “neutralidade”, ou “pureza”, pois o ato poiético anterior (discurso técnico) já é aplicado com um fim; a escolha dos temas da teoria é política; e, por consequência, a aplicação do discurso científico sobre a técnica é pautada pela escolha política que precede aquele e pelo fim a que será destinado o

⁵²⁵ DUSSEL, E. *Idem*, p. 74.

⁵²⁶ DUSSEL, E. *Filosofia da libertação*, p. 167.

discurso tecnológico (uma “nova” *poiesis*). Com esse complexo entrelaçado, percebemos que a produção “teórica” de conhecimento tem uma presença muito forte na forma que atuamos frente à realidade. Determinado produto que amplamente consumido é, posteriormente, taxado como nocivo à saúde, várias pessoas, de acordo com tais categorias simbólicas, tenderão a modificar o comportamento de consumo, por exemplo. O ser humano, de forma parcialmente consciente (já que não tem a capacidade de prever absolutamente todas as conseqüências de seus atos), é capaz de criar elementos que possibilitam um agir concreto sobre o cosmos. Tal ação, assim como a própria cultura, é condicionada de acordo com elementos históricos, implicações tecnológicas, interesses, etc⁵²⁷.

Nada disso é conseguido no estado em que as formas de produção de conhecimento e de ação social têm sido feitas. Conforme vimos, *poiesis*, *teoria* e *prática* são elementos muitas vezes vistos de forma apartada, mas que são, em verdade, lados de um mesmo fenômeno: um não existe sem os outros. O conhecimento científico, como uma possível forma de produção do conhecimento, proporciona ações humanas que interferem na realidade. Não é a única, conforme vimos, e precisamos fazer com que a ciência não seja simplesmente negada como um todo, mas permitir a coexistência com outros modos de produzir saber e cultura, os quais são hoje encobertos. Isso nos remete à temática da ética. As monoculturas modernas isolaram a dimensão ética do agir a um campo de pesquisa dentro da Filosofia. Diante da inconclusão humana, que sempre existirá, é possível assumir uma postura passiva e fatalista ou uma posição que impulsiona a mudança. Na primeira, o conformismo impeliria a manutenção da ordem como está, já que o momento ideal e perfeito jamais chegará. Por outro lado, é possível agir para buscar as falhas das muitas construções culturais e das ações humanas para tentar superar os problemas que por elas são gerados.

Da possibilidade de buscar superar os problemas gerados pela ação humana, a partir da razão ético-crítica que busca conhecer as negatividades, podemos extrair um mandamento deontológico que exige o compromisso ético de superar as questões problemáticas. Para tal, necessário é recuperar a dimensão ética do agir humano como um todo. De fato, jamais deixamos de estar inseridos na ética⁵²⁸, mas o conhecimento

⁵²⁷ FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, pp. 102-105.

⁵²⁸ FREIRE, P. *Pedagogia da autonomia*, p. 33.

científico fechado em si pretende estar dela desvinculado. A principal consequência disso é a ausência de responsabilidade pela produção do saber e tal irresponsabilidade acaba gerando esforços desperdiçados em estudos que se fecham em si ou que buscam legitimar a manutenção das opressões. Dussel propõe um critério para a escolha de temas para o pensamento (e ação): “em primeiro lugar, o critério absoluto é (...) pensar um tema real, entre os reais os mais essenciais, entre os essenciais os mais urgentes, entre os urgentes os que têm maior transcendência, entre os transcendentos os que se referem aos povos, os mais numerosos, os mais oprimidos, os que estão à beira da morte, morte de fome, de desespero”⁵²⁹.

Um possível meio para tal é um método exposto por Dussel e seu conteúdo seria a Ética da Libertação, dois pontos que serão desenvolvidos na seção seguinte.

4. – O método analético como possível caminho.

É possível perceber a necessidade de não afirmar apenas um modo de vida. Precisamos reconhecer objetivos distintos de vida; necessita-se afirmar outras formas de produção que permitam acesso de todos aos meios necessários de produção e reprodução da vida humana concreta; precisamos reconhecer formas distintas de produção de regras de regulação social (e também formas distintas de solução de conflitos intersubjetivos, mas, principalmente, entre coletividades). Tudo isso nos impele a pensar a pluralidade dos mais diversos campos que envolvem a sociedade (formas alternativas de medicina; de ensino que permita dar conta disso – não mera formação para o mercado de trabalho; de manifestação do pensamento, não o monopólio de alguns de todos os meios de comunicação; etc.). Para tal, precisamos reconhecer formas de conhecimento distintas (o que nega a ciência como única forma de produção do saber), que permitam a afirmação das diversas alteridades negadas. Com uma dimensão ética do viver social, que busque achar as negatividades e que procure negar tais negatividades – o que envolve todo um trabalho superestrutural, que busque a negação da visão de mundo fetichizada (bem como a produção e reprodução única dessa visão de mundo).

Um meio que cremos possível para buscar os diversos objetivos acima levantados é o chamado método analético definido por Enrique Dussel. A dialética, conforme o citado filósofo, “é o caminho que a totalidade realiza em si mesma: dos entes

⁵²⁹ DUSSEL, E. *Filosofia da Libertação*, p. 180.

ao fundamento e do fundamento aos entes”⁵³⁰. Como os elementos trabalhados pela dialética estão na própria totalidade, o resultado do pensado continua na totalidade, não resultando por negar o Ser que gera as negatividades que se quer negar. A ana-lética é aquele que parte de um nível acima (aná é aquilo que vem “por sobre”). Tal método não pode ser praticado na solidão, a partir de um pensador isolado, pois é *necessariamente* intersubjetivo. Com base nessas idéias, é possível afirmar que “a verdadeira dialética tem um ponto de apoio ana-lético (é um movimento *ana-dia-lético*); enquanto a falsa, a dominadora e imoral dialética é simplesmente um movimento conquistador: *dia-lético*” (grifos no original)⁵³¹.

O autor expõe que o método proposto trabalha em cinco momentos, os quais explicaremos de forma bastante sucinta a partir da seguinte citação⁵³²:

O movimento do método é o seguinte: em primeiro lugar, o discurso filosófico parte da cotidianidade ôntica e dirige-se dia-lética e ontologicamente para o fundamento. Em segundo lugar, de-monstra cientificamente (epistemática, apo-diticamente) os entes como possibilidades existenciais. É a filosofia como ciência, relação fundante do ontológico sobre o ôntico. Em terceiro lugar, entre os entes há um que é irredutível a uma de-dução ou de-monstração a partir do fundamento: o ‘rostro’ ôntico do outro que, em sua visibilidade, permanece presente como trans-ontológico, meta-físico, ético. A passagem da totalidade ontológica ao outro como outro é *ana-lética*: discurso negativo a partir da totalidade, porque pensa a impossibilidade de pensar o outro positivamente partindo da própria totalidade; discurso positivo da totalidade, quando pensa a possibilidade de interpretar a revelação do outro a partir do outro. Essa *revelação do outro* já é um quarto movimento, porque a negatividade primeira do outro questionou o nível ontológico que agora é criado, com base num novo âmbito. O discurso se faz ético e o nível fundamental ontológico descobre-se como não originário, como aberto a partir do ético que se revela depois (*ordo cognoscendi a posteriori*) como o que era antes (o *prius* da *ordo realitatis*). Em quinto lugar, o próprio nível ôntico das possibilidades fica julgado e relançado a partir de um fundamento eticamente estabelecido, e estas possibilidades como práxis analética transpassam a ordem ontológica e se adiantam como ‘serviço’ na justiça.

O *primeiro movimento* consiste em partir dialeticamente para dentro da totalidade. Significa estudar o Mesmo para chegar ao seu fundamento, ou seja, é um movimento de inversão que remete para si-mesmo e que, em um nível absoluto, chega-se

⁵³⁰ DUSSEL, E. D. *Método para uma filosofia da libertação*, p. 196.

⁵³¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 197.

⁵³² DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 197-198.

na aporia moderna: o pensamento só pensa o eu (*ego cogito*). Isso tomado por si só tem conseqüências bastante drásticas, pois resume tudo ao eu, todo o existente se resume ao *ego*. A partir de então abre-se caminho para toda a dominação moderna sobre o outro, visível ainda hoje de forma cada vez mais gritante, mas, ao mesmo tempo, mais dissimulada. Em síntese, esse primeiro momento vai ao fundamento da totalidade.

No *segundo movimento* os entes são demonstrados, ou seja, o mundo é criado a partir de um fundamento atingido na totalidade. Nesse ponto, o que se faz é a interpretação dos entes (das coisas-sentido, aquilo que existe enquanto mundo, em outras palavras, como criações culturais – linguagem) e tais criações a partir do fundamento impulsionam uma forma de ser no mundo. Isso envolve toda a temática da ideologia. Por tudo isto se afirma que os entes passam a ser uma possibilidade de existência, pois eles existem a partir do fundamento ontológico. Esse fundamento ontológico é uma forma de existência do ôntico. Este estaria ligado com o cosmos, enquanto aquele teria vínculos com o mundo. O ontológico é uma criação lingüística aplicada sobre o ôntico, sobre o qual nada conseguimos falar, pois, no momento em que isso ocorre, já passa a ontológico.

Como tudo é reduzido à linguagem a partir de um fundamento, percebe-se em razão da própria experiência que ela não consegue ser total, restando sempre incompleta, sempre ontológica, nunca ôntica. O *terceiro movimento* parte dessa constatação e a partir da proximidade primeira com o outro, no face-a-face, em que o outro se apresenta como distinto (não mais se tentando interpretá-lo a partir do fundamento ontológico, como diferente). A partir de então, dirige-se em direção ao outro, à exterioridade, pois o fundamento da totalidade não permite pensar o outro como tal. Diante disso, temos um momento negativo (com relação à totalidade) e positivo (com relação ao outro). Esse é o momento analético, quando ocorre esse caminhar em direção ao outro.

No *quarto movimento* a revelação do outro é observada. É crítica por excelência, pois questionou a realidade ontológica a partir de um fundamento distinto. Reconhecendo que o fundamento da totalidade não é absoluto, originário, temos já um momento ético, que é o reconhecimento do distinto e ter ido a ele. Aqui, é possível reparar que a totalidade antes tida como absoluta é criticada em sua essência e, diante da constatação, a superação da negatividade do outro também se torna impossível a partir do fundamento ontológico, sob pena de negar o outro como distinto e pensá-lo como diferente.

Por último, o *quinto movimento* estabelece um fundamento novo (nem o fundamento ontológico da totalidade, nem o fundamento do outro), eticamente definido, e, a partir desse ponto, torna-se possível julgar, negar e superar o fundamento da totalidade anterior. Aqui, torna-se bastante relevante o saber agir analeticamente, em outras palavras, reconhecer o outro como distinto e, com ele, superar as negatividades constatadas.

O primeiro e o segundo movimento têm um desenvolvimento bastante amplo na filosofia. Portanto, dedicaremos um espaço maior a aquilo que aqui nos interessa: o que começa com o momento analético. Este parte da palavra analógica, a palavra que parte do outro e, portanto, é oriunda de um fundamento distinto. Como tal, nada sabemos dela, pois, quando a interpretamos, fazemos de tal forma que isso parte de nosso fundamento. Assim, surge a questão epistemológica de entender a possibilidade de conhecer a palavra do outro enquanto tal. Para tal, é necessária uma opção ética anterior de ir ao outro e saber ouvir. Isso exige que “o filósofo ana-lético ou ético deve descer de sua oligarquia cultural acadêmica e universitária para *saber-ouvir* a voz que vem de mais além, do alto (*aná-*), da exterioridade da dominação” (grifos no original)⁵³³. A palavra analógica é reveladora do outro enquanto tal, “enquanto projeto ontológico alterativo”, *trans-ontológico*, o que já é semelhança, mas ainda distinto⁵³⁴. O cuidado que se deve ter é não perceber o semelhante como igual ou diferente. A palavra do outro é incompreensível, pois nunca se teve a experiência de estar no mundo dele⁵³⁵.

O caminho para a interpretação dessa palavra é bastante complexo e não pode ser definido por vias gerais com pretensão de abarcar todas as situações. Inicialmente a palavra é entendida por semelhança, de forma confusa, sendo que com base em experiências pessoais é possível, de forma imprecisa, começar a formar, imprecisamente, o sentido. Trata-se de mera crença. Assim, “ser capaz de se arriscar por uma palavra *crída* é, precisamente, um ato criador que caminha por sobre o horizonte de tudo e avança *sobre a palavra* do outro no novo” (grifos no original)⁵³⁶. A real interpretação da palavra do outro se torna possível a partir de um fundamento outro, comum a ambos, no qual “chegaremos a certa identidade analógica (*communitas bonitatis*), a partir da qual,

⁵³³ DUSSEL, E. D. *Método para uma ética da libertação*, p. 199.

⁵³⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 203-204.

⁵³⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 207.

⁵³⁶ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 206.

somente então, a palavra antes compreendida confusamente (...) alcança a possibilidade de uma interpretação adequada”⁵³⁷.

Esse processo de crer na alteridade, ouvir a palavra analógica, até a chegada o ponto de sua interpretação é a própria história da humanidade, a partir da negatividade fundamental que inicia a interpelação, é o que possibilita o método analético. O que essa concepção filosófica permite é ir em direção ao outro, correr o risco, insegurança, para que seja capaz de formular a interpelação da alteridade negada com o código da totalidade⁵³⁸. Isso impele o diálogo com a exterioridade e a tentativa de formulação do fundamento novo.

O outro não é necessariamente o oprimido. De uma forma extremada, o outro pode ser reduzido ao não-eu. De uma forma não tão extrema, conseguimos conceber coletividades como sujeitos históricos, verdadeiros *blocos sociais*⁵³⁹. Assim, isso tudo é exposto não com base no indivíduo, mas tendo em vista grupos sociais, o que faz com que a relevância social de tudo seja bastante ampliada. Porém, algumas coletividades são negadas, outras não. Todos sofrem negatividades em diversos níveis, mas uns são afetados em níveis mais essenciais do que outros. Por isso, quando constatamos negatividades (a partir de interpelações advindas da alteridade) e sabemos que, em função da inconclusão humana, elas sempre existirão, podemos agir ou não para tentar a superação de suas causas. Quando escolhemos trabalhar com uma alteridade negada e não com outra, fazemos uma opção ética. Esta é capaz de gerar a responsabilidade que impele transformar os juízos de fato (a constatação) em juízos normativos, deontológicos⁵⁴⁰. Ao constatar uma vítima que não consegue viver, não é necessário se acomodar, mas afirmar que ela *deve* viver. A partir dessa obrigação ética, o indivíduo que assume tal dever se sente responsável⁵⁴¹.

O método analético, portanto, é apenas uma forma que possibilita chegar à superação das negatividades sem, necessariamente, negar o outro como tal. Porém, estando condicionado à escolha prévia, para os fins que pretendemos aqui se faz necessário pautar o agir analético por um agir ético específico. Trata-se de uma ética de conteúdo, uma ética da vida, a qual assume por obrigação produzir, reproduzir e

⁵³⁷ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 208.

⁵³⁸ DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação*, p. 183.

⁵³⁹ LUDWIG, C. L. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação*, p. 214.

⁵⁴⁰ DUSSEL, E. D. *Ética da libertação*, p. 370.

⁵⁴¹ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 368.

desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em uma comunidade de vida. A responsabilidade assumida impele buscar e superar os elementos que geram as negatividades⁵⁴². Assim, a razão ética nasce da responsabilidade com o outro⁵⁴³, elemento este que queremos suscitar. Em síntese, o compromisso ético busca a “passagem do ‘*não-poder-ser-vivente*’ do outro, da vítima, diante de um sistema que a nega, ao ‘*dever-ser-vivente*’ da vítima libertada sob a re-sponsabilidade pela vida do outro e diante de um sistema no poder” (grifos no original)⁵⁴⁴.

Essa é a dimensão ética do agir humano que desejamos propor, a qual se faz necessária para optar por uma ação libertadora, que observe o outro como outro e que busque negar de forma prioritária as negatividades que assolam a corporalidade da alteridade que se encontra impossibilitada de viver. A base de tudo isso foi enunciada por Dussel no princípio ético-crítico⁵⁴⁵:

Os que agem ético-críticamente re-conheceram a vítima como ser humano autônomo, como o Outro *como outro* que a norma, ato, instituição, sistema de eticidade, etc., ao qual se negou a possibilidade de viver (em sua totalidade ou em algum de seus momentos); de cujo reconhecimento simultaneamente se descobre uma co-responsabilidade pelo outro como vítima, que *obriga* a tomá-la a cargo diante do sistema, e, em primeiro lugar, criticar o sistema (ou aspecto do sistema) que causa esta vitimação.

É o compromisso ético que se deve assumir. O outro está constantemente provocando, interpelando⁵⁴⁶, seja por meio da música, por meio de um discurso não ouvido no meio de uma rua movimentada, seja por rebeliões em prisões. Nem sempre consegue se fazer ouvir, pois temos um sistema penal fetichizado, divinizado⁵⁴⁷. Atinge um nível em que, pior do que pretensamente inquestionável, permanece docilmente inquestionado. O nosso papel na Academia é importante, conforme afirma Dussel, “o máximo de consciência crítica possível não é possuído sempre nem atualmente pelas classes mais oprimidas, mas podem tê-la as classes que, embora objetiva e realmente não sejam as mais oprimidas são aquelas sobre as quais pesa o máximo de contradições

⁵⁴² DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 372.

⁵⁴³ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 371.

⁵⁴⁴ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 378.

⁵⁴⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 380.

⁵⁴⁶ DUSSEL, E. D. *Filosofia da Libertação*, pp. 49-50.

⁵⁴⁷ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 103-104.

ideológicas”⁵⁴⁸. A partir daí é possível perceber a relevância que recebe a responsabilidade ética que devemos assumir diante da constatação de negatividades.

5. – O Direito Penal em questão.

Dentro do campo do Direito Penal, tudo isso que vem sendo tratado suscita a discussão do cárcere como forma única de punição (com base em valores dominantes) e como forma de forçar esses valores dominantes e obrigar que a pessoa use apenas os meios institucionais para a busca dos fins reconhecidos. Percebemos que o aparato prisional foi criado com a finalidade de gerir e controlar o sistema da desigualdade, garantindo a submissão daqueles que não a queiram. Porém, conforme o sistema vigente foi ficando cada vez mais consolidado, sua função passou a ser a de garantia de controle dos excluídos, o que não apenas mantém como também cria novas negatividades, principalmente com o aumento da exclusão. “Os que controlam o sistema se asseguram na tranquilidade, diante do medo da dor (por meio do ‘castigo’) e da morte, por meio de uma ordem violenta, em nome da justiça, do direito, da civilização”⁵⁴⁹.

Vimos por um longo caminho constatando diversas contradições no discurso jurídico-penal e nas práticas carcerárias. Voltamos nossos olhos para os excluídos que sofrem as negatividades desse sistema e, a partir da razão ético-crítica, percebemos que a construção de uma nova totalidade deve se dar a partir da palavra aná-lógica. Com tudo o que foi exposto, podemos começar a expor, de forma grosseira, aquilo que parece ser uma possível forma de começar a trabalhar a temática da superação do cárcere.

O preso é uma espécie de “outro encoberto”, não conhecido, mas reconhecido⁵⁵⁰. Não se pensa no preso como alguém que tem anseios, vontades, sonhos, todos eles inseridos dentro da própria lógica do mundo atual. Grande parte do pensamento penal feito no Brasil ainda está usando o raciocínio do paradigma etiológico⁵⁵¹, buscando causas pré-constituídas, que atribuem à pessoa que comete o fato delituoso única e exclusiva *culpa lato senso*. Não se analisa as condições em que ele

⁵⁴⁸ DUSSEL, E. D. *Idem*, pp. 131-132.

⁵⁴⁹ DUSSEL, E. D. *Ética da Libertação*, p. 349.

⁵⁵⁰ DUSSEL, E. D. *1492: O encobrimento do outro*, p. 32.

⁵⁵¹ BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, pp. 209-210.

estava inserido, não se observa a *reação social*⁵⁵², não se critica a criminalização de certas condutas em detrimento de outras.

Além de todos esses elementos que restam inquestionados em grande parte da atual doutrina penal brasileira, ainda há um dos mais importantes: “estuda-se” o preso sem conhecer o próprio preso. Não se sabe as condições e as práticas carcerárias, é tudo feito em plano ideal, com base legislativa: se a lei dispõe que policiais serão sancionados por determinada conduta e não há, na prática, sanções contra policiais, então nenhum policial agiu de forma reprovável; se a Constituição dispõe que o preso não pode ter violada sua integridade física e moral e, em tese, não se ignora as reivindicações dos presos, então além de estarem em boas condições, ainda são insubordinados por fazer rebeliões. Isso mostra o quão fora da totalidade está o preso: mesmo com reivindicações legítimas, não lhe é dado o *Verbo*⁵⁵³, nega-se-lhe a palavra, ou, antes disso não é sequer compreendido pela totalidade, ou pior, é compreendido *a partir* da totalidade, aplicando-lhe um fundamento que não lhe corresponde. Não é possível o diálogo, pois são racionalidades distintas: é como se a sociedade fosse *surda* e os presos *mudos*⁵⁵⁴.

O garantismo tem surgido em alguns pólos que apontam como uma forma de tentar contornar alguns dos problemas existentes no Direito Penal. Streck sintetiza a posição garantista da seguinte forma: “o garantismo (...) deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia: *garantias tanto liberais como sociais expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses mais débeis em relação aos mais fortes, tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas*” (grifos no original)⁵⁵⁵.

Percebe-se que de uma forma muito grosseira, a discussão suscitada está no antigo tema, mas ainda atual, da limitação do poder. Se o jusnaturalismo tentava dar diversos argumentos (com a defesa dos mais variados interesses) para a limitação do poder absoluto dos monarcas, afirmando que existiam direitos acima dos poderes reais e que deviam ser observados. O Estado devia ter um aparato para proteger o indivíduo contra os excessos do rei. Derruba-se o Antigo Regime, mantém-se um aparato estatal

⁵⁵² BARATTA, A. *Idem*, pp. 174-182.

⁵⁵³ ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*, pp. 31-32.

⁵⁵⁴ DUSSEL, E. 1492, *o encobrimento do outro*, pp. 146-147.

⁵⁵⁵ STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*, p. 23.

forte, com amplas capacidades de intervenção na esfera individual. Vem o liberalismo para tentar limitar as intervenções estatais (“o Estado que governa melhor é aquele que governa menos, hoje chamada doutrina do ‘Estado Mínimo’”) ⁵⁵⁶; vem a demanda por um Estado social intervencionista; sai Estado do bem-estar social e volta o liberalismo com uma nova roupagem (o Estado ainda atua, mas na regulação, criando normas que o particular deve obedecer se quiser prestar certos serviços tidos como fundamentais). O garantismo não é uma corrente de combate ao neoliberalismo, mas uma teoria que levanta a existência de garantias constitucionais (não mais um direito natural) que devem ser utilizadas para limitação dos abusos cometidos pelo aparato estatal.

Um dos principais autores citados como expoentes dessa posição é Luigi Ferrajoli. Ressalta a diversidade existente entre as normas de cunho constitucional e sua quase nula efetividade na prática. Afirma que “a orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de ‘garantismo’, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático” ⁵⁵⁷. O autor atribui três significados ao termo garantismo: um *modelo normativo* (para acatar as normas penais, observando as garantias e liberdades individuais), uma *teoria jurídica* (em prol da aproximação entre o “ser” e o “dever ser”) e uma *filosofia política* (exigindo que o Estado exponha os interesses que está tutelando e que justifique, ou tente justificar, a tutela de certos interesses) ⁵⁵⁸. Temos, assim, uma teoria que tenta limitar o poder estatal no âmbito da legalidade; procura aproximar o ser e o dever-ser; e posiciona-se criticamente frente ao Estado, sabendo que a criação de normas e sua aplicação não são atitudes neutras. Porém, devemos ter em mente que esta é uma posição que critica diversos elementos do Direito Penal, *mas não questiona o Direito Penal em si*.

É possível perceber que a temática carcerária é bastante complexa e não pode ser vista de forma isolada. Se a prisão é uma forma de controlar os excluídos por meio da repressão, a sua abolição não acabará com a exclusão. Porém, não faria sentido afirmar que seria necessária a manutenção da citada instituição enquanto se trabalha para superar as formas de negação do outro, pois ela (a prisão) é, em si, geradora de negatividades.

⁵⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*, p. 226.

⁵⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, pp. 683-684.

⁵⁵⁸ FERRAJOLI, L. *Idem*, pp. 684-685.

Em função de teorias acadêmicas, desenvolvidas em grupos bastante restritos, foi possível tecer diversas críticas ao sistema penal, mas, como diversas outras, criticamos e chegamos em uma aparente aporia. Não devemos nos iludir, pois toda a crítica tem uma dimensão de autocrítica⁵⁵⁹. Por isso, com o que foi exposto, seria possível apontar para alguma direção de ação?

Devemos tem em vista as três funções do cárcere e o paradoxo que ele gera no seu nível mais fundamental: ou seja, domina os excluídos por meio da repressão direta e exige que eles se insiram por conta própria em um sistema que não tem a capacidade de acolhê-los. Agora, não só voltaremos ao paradoxo, como também seremos um paradoxo em não mais aceitar como pronto e acabado um modelo que é tido de forma não questionada nos seus elementos mais fundamentais. Reconhecendo o outro, temos em mente que não há apenas as formas institucionais atuais de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta. Assim, *não se trata de buscar apenas um direito alternativo, mas, também uma alternativa ao direito; e, principalmente, não se trata de buscar somente penas alternativas, mas alternativas à pena*. Isso nega a ciência como única forma de produção do conhecimento, permitindo a afirmação do distinto enquanto tal, que busque achar as negatividades e que busque negar as negatividades – o que envolve todo um trabalho superestrutural, que busque a negação da visão de mundo fetichizada (bem como a produção e reprodução única dessa visão de mundo) – tudo isso coloca em xeque, também, o cárcere como forma única de punição (com base em valores dominantes) e como forma de forçar esses valores dominantes e obrigar que a pessoa use apenas os meios institucionais para a busca dos fins reconhecidos.

A redução do número de tipos penais não significa o esquecimento de diversas condutas que ainda são tidas como lesivas. O que se defende, na linha de Zaffaroni, é a transferência dessas condutas do âmbito meramente punitivo, para o plano da solução de conflitos (reparação, conciliação, dentre outros), deixando assim apenas o mínimo necessário na esfera penal⁵⁶⁰. Outro exercício a ser feito nesse plano diz respeito ao tema da recepção de diversos tipos penais pelo ordenamento constitucional vigente desde

⁵⁵⁹ SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente*, p. 17.

⁵⁶⁰ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 177.

1988. O único a que se teve acesso até agora que levanta essa questão foi Lenio Streck⁵⁶¹.

Nesse ponto, o trabalho superestrutural é essencial, pois se a própria visão de mundo do oprimido é a do opressor, a mera abolição de uma instituição ideologicamente tão fundamental como o cárcere acaba parecendo um absurdo, pois não se consegue conceber ordem social sem um aparato de opressão. A superação dessa ideologia dominante deve se dar não *para* o outro, mas *com* o outro. O método analético é útil para tal, mas deve ser aqui combinado com a *teoria da ação dialógica* e com outros elementos das exposições de Paulo Freire, pois são capazes de firmar um diálogo com o outro e proporcioná-lo a capacidade de problematizar aquilo que é ideologicamente naturalizado.

Na teoria da ação antidialógica vimos como que instrumentos são usados para dominar a visão de mundo da alteridade, o que é feito, não raro, por aparelhos ideológicos de Estado. Para que o aparato carcerário seja abolido (o que é um objetivo final de um processo de redução do sistema penal), é requisito fundamental extinguir antes a ideologia dominante. A partir da formação de uma consciência ética que permita a assunção das responsabilidades necessárias a tratar o outro como tal, tendo em vista o que Boaventura de Sousa Santos chama de um *meta-direito intercultural*⁵⁶², não se correria o risco de trabalhar o discurso de transformação social em tal ponto e acabar reforçar o discurso dominante: que usaria a visão de mundo difundida de forma mais geral para retirar o crédito dos argumentos contra-hegemônicos sem maiores problemas (taxando-o de, por exemplo, não científico e por isso, em tese, sem pretensão de conhecimento válido).

O papel da educação – entendida em sentido amplo, não limitando tal noção à “educação” institucional – acaba sendo fundamental para a problematização das construções que restam por encobrir e negar a alteridade.

Se o problema carcerário é antes um problema social (econômico, político, educacional, etc.), abolir a prisão por si só não acabará com o problema que é anterior: a exclusão. A violência do excluído não é inaugurada por ele, mas é forma de combater a opressão anterior que sofre, é uma maneira de sobreviver quando as instituições

⁵⁶¹ STRECK, L. L. *Tribunal do Júri*, pp. 62-64.

⁵⁶² SANTOS, B. de S. *A gramática do tempo*, p. 313. O autor enuncia tal meta-direito intercultural da seguinte forma: “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

reconhecidas não permitem tal fato. Os oprimidos não iniciam a violência, são o resultado dela⁵⁶³.

6. – Conclusões gerais do capítulo.

Chegando ao final deste capítulo, foi possível reparar que a partir de uma ética da vida, o ponto de partida da razão ético-crítica se dá pela constatação das negatividades das vítimas, da alteridade negada. Isso se deve à existência de uma totalidade hegemônica, na qual há um fundamento primeiro que serve de base para uma interpretação possível do mundo. Porém, existe algo para além dessa totalidade, algo distinto, com um outro fundamento, sendo que a totalidade vigente não consegue abarcar enquanto tal. Isso nos remete à temática do outro, o qual pode ser visto como diferente (arrastado a partir de fora e interpretado a partir do fundamento da totalidade) ou como distinto (que realmente o é, com um fundamento outro, inacessível pela totalidade).

Historicamente, conseguimos explorar uma forma de encobrimento dessa alteridade, que foi interpretada como diferente. Com a chegada dos europeus em continente americano, a partir da visão de mundo deles imaginaram estar na costa leste da Ásia e, em razão dessa crença, assim se portaram. Anos foram necessários até que reparassem ser um outro continente. Os habitantes deste foram inferiorizados, pois, vistos a partir da totalidade, eram tidos como incapazes de serem iguais aos europeus. Em virtude disso, foi possível justificar ideologicamente a dominação da alteridade colonizada, o que teve conseqüências nefastas: um genocídio com dimensões continentais.

Percebendo a alteridade negada, podemos caminhar em direção ao reconhecimento de tais negações. A totalidade fetichizada, imaginada como pronta e acabada, não consegue reparar que há algo além. A partir dessa fetichização só se consegue fazer um tipo de educação, de produção do conhecimento, de medicina, de Direito, de pena. Com isso, podemos usar a sociologia das ausências para tornar presentes as diversas formas de ausências (o conhecimento popular, a cultura indígena, a medicina alternativa, um Direito plural, formas diferentes de pensar a organização social). Observando o outro como outro, é possível afirmá-lo.

⁵⁶³ FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, p. 47.

Um meio viável para tal fim é o método analético proposto por Enrique Dussel. Com esse método, expandimos a dialética, a qual recebe um momento negativo e dirige-se à exterioridade, para ouvir a palavra analógica (oriunda do outro). A partir daí, percebe-se que a totalidade é incompleta, tanto que seu fundamento é incapaz de observar o outro como outro e isso nos obriga, eticamente, a estabelecer um fundamento novo, capaz de abarcar tanto a totalidade quanto essa parte visível da exterioridade. A partir de então, conscientes desse eterno devir, o processo continua, sempre buscando as negatividades e tentando superá-lo, sendo esse um compromisso ético. Com a responsabilidade assumida diante das vítimas, o critério passa a princípio e aquele que não consegue viver passa a algo de um juízo deontológico que nos obriga a passá-lo a poder-ser-vivente. É necessário estabelecer essa dimensão ética do agir humano, pois a irresponsabilidade moderna ainda gera conseqüências bastante graves e que só estão aumentando.

Retornando ao Direito Penal, a aplicação dessas noções se faz necessária. Não superaremos o problema carcerário sem observar as questões em torno do cárcere, considerando que este é utilizado para tentar resolver ou controlar um problema que lhe é externo. Todas essas questões envolvem observar a alteridade negada e que se tenta colonizar a partir da totalidade, mas que sempre deixa excluídos. Esses problemas só serão resolvidos quando o outro, que é distinto, for observado como tal e, sem o medo da mudança, for possível estabelecer eticamente com a alteridade negada um novo fundamento e negar as negatividades que assolam a alteridade encoberta.

Capítulo V – Considerações finais: do anteprojeto ao projeto

Com as exposições feitas, tanto em caráter de denúncia, quanto com o objetivo de suscitar um posicionamento ético-crítico no Direito Penal, tem-se a finalidade de propor a humanização do sistema penal⁵⁶⁴. Porém, não se pretende apenas pensar uma forma diferente de cárcere, mas um meio que tente ultrapassar a racionalidade do discurso jurídico-penal atual e que procure, a partir de uma ética da vida e um pensamento genuinamente latino-americano, superar as práticas de dominação.

Basta pensar que em 2004 a população carcerária do Brasil era de 336.358 pessoas, estando 86.766 em regime de prisão “provisória”. Depois imaginar que em 2005 a população carcerária cresce para 361.402 (um aumento de 25.044 pessoas) e que, destas, 102.116 estavam em “prisão provisória”⁵⁶⁵.

O cárcere é mantido ainda hoje, porque não conseguem achar melhor alternativa e também não se interessam por procurar. Desenterram as “garantias” do período tido como de humanização do Direito Penal, mas sem entender os motivos que as suscitavam. Em um momento de luta pela ascensão burguesa, enquanto o poder era dominado pela nobreza, era de interesse bradar por garantias e humanizações nos sistemas punitivos: era

⁵⁶⁴ SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal: parte geral*, pp. 704-706.

⁵⁶⁵ Dados disponíveis em: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: sistema penitenciário no Brasil, dados consolidados, p. 34 [online] Disponível na Internet via [WWW.URL: <http://www.mj.gov.br/depen/sistema/CONSOLIDADO%202006.pdf>](http://www.mj.gov.br/depen/sistema/CONSOLIDADO%202006.pdf). Acesso em: 25/03/2007.

uma busca de segurança para eles⁵⁶⁶. Passada a dura fase de transição, a prisão vai ganhando a sua aparência moderna, qual seja, a de gestão e preparação do proletariado para o regime fabril. A fábrica (enquanto uma expressão metafórica para o ambiente de produção por excelência do capitalismo) tornou-se o centro da sociedade, sendo que as diversas outras instituições de reprodução de ideologias (escola, a família, o quartel, o manicômio, o hospital, *o cárcere*, etc.) são instrumentos de preparação da pessoa para tal regime de produção⁵⁶⁷. Se este é injusto e criticável, coloca-se em atuação o cárcere, que serve para mostrar às pessoas que se a “fábrica” é ruim, há realidades piores. Então, criam-se diversos mecanismos para não só adestrar o sujeito dentro da prisão⁵⁶⁸, preparando-o para ser um “bom trabalhador”, como também para que aceite qualquer coisa fora dela⁵⁶⁹ (como a carga de trabalho de 44 horas semanais, sob a remuneração de R\$ 380,00⁵⁷⁰).

Cabe procurar desvendar as ideologias do sistema penal, como algumas que foram suscitadas ao longo do trabalho: a proteção excessiva do patrimônio, o falso discurso do bem jurídico, a seletividade dos vulneráveis, condutas mais lesivas que passam despercebidas (e não tipificadas), incongruências no Código (forma de organização e problemas nos tipos). Outras também podem e devem ser trabalhadas, mas ou não puderam ainda ser pesquisadas ou estão atuando de forma ainda não percebida⁵⁷¹.

Diante de tudo isso, é necessário conseguir um meio para buscar desvendar tais atuações ideológicas, bem como um conteúdo para tal método, norteador da ação dos responsáveis pelo aparato penal, principalmente dos juristas. O método sugerido é o analítico⁵⁷², por ter um ponto de partida externo à totalidade e, provavelmente, capaz de, humildemente, posicionar-se diante do outro e, a partir deste, reformular o mundo (enquanto conjunto de significações culturais)⁵⁷³, expandindo-o genuinamente e não apenas observando uma mesma totalidade de forma diferente. Ou seja, parte da

⁵⁶⁶ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*, p. 73.

⁵⁶⁷ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 49.

⁵⁶⁸ Cf. FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*, pp. 143 e seguintes.

⁵⁶⁹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica*, p. 66.

⁵⁷⁰ Seria curioso tentar oferecer, para aqueles que sustentam a impossibilidade de aumento do salário mínimo, a remuneração de R\$ 380,00 mensais e ver a resposta. Os nossos parlamentares, ao mesmo tempo entre os mais bem pagos e os mais improdutivos do mundo, acham que a remuneração deles não é suficiente...

⁵⁷¹ Como as questões dos conflitos meta-individuais e a racionalidade de conceber, inclusive em âmbito penal, os problemas de forma exclusivamente intersubjetiva.

⁵⁷² Cf. DUSSEL, E. D. *Método para uma filosofia da libertação*, pp. 196 e seguintes.

⁵⁷³ DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação*, pp. 28-31.

cotidianidade em direção à exterioridade, ouve a palavra aná-lógica⁵⁷⁴ (a palavra do *outro*, que vem de um ponto além do sistema da totalidade), tomando consciência das negatividades do sistema e, negando-as, afirmar o outro enquanto outro. Ou seja, não se trata de assistencialismo, de pegar o “pobre” e dar um emprego repetitivo e um salário medíocre. Trata-se de buscar superar a própria racionalidade que gera a sua pobreza, que nega a sua vida. “A conversão ao pensar ana-lético ou meta-físico é exposição a um pensar popular, dos demais, dos oprimidos, do outro fora do sistema; é contudo um poder aprender o novo. O filósofo ana-lético ou ético deve descer de sua oligarquia cultural acadêmica e universitária para *saber-ouvir* a voz que vem de mais além, do alto (*aná-*), da exterioridade da dominação” (grifos no original)⁵⁷⁵. Sabendo que o sistema não tem todas as respostas, ainda mais quando se está diante do outro, temos que ser capazes de, a partir de uma opção ética, saber negar a própria totalidade quando assim for necessário para afirmar a vida.

Para assim proceder, é necessária uma opção ética prévia. É tal escolha que se quer despertar com trabalhos assim. Não é qualquer ética, abstrata e ideal, mas uma de conteúdo material, uma ética da vida concreta. Faz-se urgente tal reflexão, pois são diversas vidas negadas diariamente, em função de uma ideologia que tenta encobrir condutas muito mais lesivas à sociedade encontrando um bode expiatório e a ele aplicando o cárcere. Cárcere, este, que é uma forma de aplicação de um sofrimento estéril⁵⁷⁶. A “retribuição” é desproporcional (a perda de um relógio por parte de um jovem de classe média não pode ser comparada com um dia sequer em uma cela superlotada, somada com a violência simbólica de um processo penal e o processo de estigmatização ou “vulnerabilização”); a prevenção especial é inexistente (basta ver os índices de reincidência e perceber que não são influenciados com severidade penal); a prevenção geral é uma farsa (quem se sente protegido por privilégios de classe comete crimes e sabe que jamais será punido, e quem está na situação de desespero da maioria ainda prefere arriscar uma possível pena em troca da certeza de continuar vivo); e a ressocialização é um eufemismo para o ato de tornar a mão-de-obra mais barata, agradando qualquer empresário.

⁵⁷⁴ DUSSEL, E. D. *Método para uma filosofia da libertação*, pp. 199-206.

⁵⁷⁵ DUSSEL, E. D. *Idem*, p. 199.

⁵⁷⁶ HULSMAN, L.; CELIS, J. B. *Penas Perdidas*, p. 62.

O uso dessa ética da vida pode permitir a diminuição do uso do aparato penal, respeitando o outro em sua alteridade negada, reparando que temos muito mais medo do desconhecido, medo de elementos inventados como ameaçadores e a nós impostos, do que realmente existe. A proposta é ambiciosa, pois a academia deve ser um espaço para propor novas possibilidades e não deve ser um local de manutenção de velhas práticas infrutíferas. Zaffaroni deixa bem claro como é exigido que “o discurso jurídico-penal acadêmico ou universitário esteja sempre mais além do *padrão* alcançado pelas agências, de forma a constituir, deste modo, um estímulo à jurisprudência” (grifos no original)⁵⁷⁷. Tal posição é difícil, sendo que a universidade existe no tempo e no espaço, sofrendo influência das estruturas dominadoras, gerando aqueles que tentarão manter a todo o custo o *status quo*⁵⁷⁸.

Tudo o que foi aqui exposto se deu em nível, principalmente, teórico. Diversos apontamentos que podem ser chamados de utópicos. Porém, não se trata da utopia futura que jamais virá, pois “o utópico não é o irrealizável; a utopia não é o idealismo, é a dialetização dos atos de denunciar e anunciar, o ato de denunciar a estrutura desumanizante e de anunciar a estrutura humanizante. Por esta razão a utopia é também um compromisso histórico”⁵⁷⁹. Com base nisso, o autor explica que na teoria é capaz de criar essa utopia, a qual consistiria em um anteprojetado. Com este ocorre o anúncio e a denúncia, conforme se tentou fazer aqui. Porém, resta ainda transformar este anteprojetado em projeto, o que só pode acontecer dentro de uma práxis histórica⁵⁸⁰. Assim, dependemos ainda de transformar este anteprojetado em projeto, necessitando uma atuação dentro do campo material e usar as construções lingüísticas a favor da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta⁵⁸¹.

A superação dos problemas carcerários só pode ocorrer com a superação das negatividades que ele tem como finalidade de reprimir. Temos a opção de continuar procurando a solução para os problemas do outro a partir de nós, o que faz com que ele

⁵⁷⁷ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, p. 237.

⁵⁷⁸ FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, p. 176.

⁵⁷⁹ FREIRE, P. *Conscientização*, p. 27.

⁵⁸⁰ Marx, criticando os filósofos de sua época, explicou um conceito de práxis na famosa tese 11 sobre Feuerbach, a qual segue neste sentido: “os filósofos apenas *interpretaram* o mundo de diferentes formas, dependeria agora de *transformá-lo*” (grifos no original). (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Werke*, v.3., p. 7. Tradução livre de: “die Philosophen haben die Welt nur verschieden *interpretiert*, es kömmt drauf an, sie zu *verändern*”).

⁵⁸¹ FREIRE, P. *Conscientização*, p. 28.

reste negado e seja transformado no diferente ou no igual, por exemplo: ao trabalhar ideologicamente uma pessoa moradora de uma favela, a qual assume os objetivos da totalidade e entregar uma quantidade considerável de propriedade à pessoa, a opressão não é superada, o distinto apenas é transformado no Mesmo. Porém, podemos procurar resolver as questões de forma analética, indo ao outro e, eticamente com ele, partir de um fundamento novo para entender o mundo. Seria como um sonho o dia em que o Mesmo se prostrasse aos pés do outro (o professor diante do aluno; os pais diante do filho ou da filha; o homem diante da mulher; o branco diante do negro e do índio; o empregador diante do empregado; o opressor diante do oprimido) – isso não em caráter de submissão ou de inversão da opressão, mas de forma humilde, por saber que nada sabe sobre o outro como outro – e se pusesse a ouvir, disposto a crescer, pois estará consciente de que jamais será mais enquanto o outro for menos.

Em síntese, este trabalho foi um passo dentro de um processo muito maior. Chega a seu fim apenas enquanto parte de um todo, o que significa que o processo está em andamento e, pelo nível das situações fáticas que se constatam diariamente, está apenas começando.

Bibliografia

ALTHUSSER, Louis. *Posições 2*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque: The Free Press, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: sistema penitenciário no Brasil, dados consolidados, p. 34 [online] Disponível na Internet via [WWW.URL: <http://www.mj.gov.br/depen/sistema/CONSOLIDADO%202006.pdf>](http://www.mj.gov.br/depen/sistema/CONSOLIDADO%202006.pdf). Acesso em: 25/03/2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUSSEL, Enrique D. *1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Filosofia da libertação: na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola; Editora Unimep, 1980.

_____. *Método para uma Filosofia da Libertação: superação analética da dialética hegeliana*. São Paulo: Edições Loyola, 1986.

_____. *Para uma ética da libertação latino-americana: acesso ao ponto de partida da ética*. v. 1. São Paulo: Editora UNIMEP; Edições Loyola, [s. d.].

_____. *Para uma ética da libertação latino-americana: uma filosofia da religião antifetichista*. v. 5. São Paulo: Editora UNIMEP; Edições Loyola, [s. d.].

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Curitiba: Juruá, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Edilson Pereira, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem “versus” a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha*. Curitiba, 1997, 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

FREGE, Gottlob. *Der Gedanke: eine logische Untersuchung*. In: *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus* 2, 1918-1919, pp. 58-77.

_____. *Über Sinn und Bedeutung*. In: *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, NF 100, 1892, pp. 25-50.

FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação, uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980.

_____. *Educação como prática de liberdade*. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 33. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 43. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1986.

GOFFMAN, Erving. *Asylums: essays on the social situation of mental patients and other inmates*. Nova Iorque: Anchor Books, 1961.

_____. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*. Nova Iorque: Touchstone, 1986.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em*

questão. Niterói: Luam, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [s.l.], n. 05-01vo, pp. 01:1-01:17, 2003. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01vo.pdf>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LÖWY, Michel. *As aventuras da Karl Marx contra o barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Werke*. V. 3. Berlin: Dietz Verlag, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 3. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and social structure: with a new introduction by Dario Melossi*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

RUSSELL, Bertrand. *The problems of philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime: the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito de guerra: “de indis et de iure belli relectiones”*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Saber Crítico e senso comum teórico dos juristas*, in **Epistemologia e ensino do Direito**, vol. 1, pp. 28-29.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2006.

ZEA, Leopoldo. *La filosofía americana como filosofía sin más*. 3 ed. México: Siglo XXI,

1975.

Índice

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO ÉTICA DO ESTADO.....	5
1. – MUNDO E COSMOS.....	5
2. – A VIDA COMO PRESSUPOSTO DO MUNDO.	9
3. – FUNÇÃO ÉTICA DO ESTADO.	12
4. – DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	17
5. – A VIA PRIVADA DE ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	32
6. – CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO.....	42
CAPÍTULO II – CRIMES?.....	44
1. – CRIME, TIPO E BEM JURÍDICO.....	44
2. – O PARADIGMA ETIOLÓGICO E A SUA SUPERACÃO.....	52
3. – A CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL E A CRIMINOLOGIA MARXISTA.	63
4. – ALGUMAS CATEGORIAS DAS CRIMINOLOGIAS.....	73
5. – A VULNERABILIDADE E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.	80
6. – CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO.....	88
CAPÍTULO III – O PARADOXO PENAL: DENÚNCIA DE UMA PRÁTICA DE DOMINAÇÃO	91
1. – A PERDA DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL.	91
2. – VISÕES DE MUNDO E AS PRÁTICAS DE DOMINAÇÃO HOMEM-HOMEM.	101
3. – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CÁRCERE MODERNO E ATUAL.	102
4. – DENÚNCIA DE UMA PRÁTICA DE DOMINAÇÃO	111
5. – O PARADOXO PENAL.	120
6. – CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO.....	129
CAPÍTULO IV – POR UMA DIMENSÃO ÉTICA DA AÇÃO HUMANA	132
1. – O PONTO DE PARTIDA DA RAZÃO ÉTICO-CRÍTICA: AS NEGATIVIDADES DOS EXCLUÍDOS.	132
2. – O CAMINHO MODERNO DE NEGAÇÃO DO OUTRO.	139
3. – DO RECONHECIMENTO À AFIRMAÇÃO DA ALTERIDADE NEGADA.....	146
4. – O MÉTODO ANALÉTICO COMO POSSÍVEL CAMINHO.	155
5. – O DIREITO PENAL EM QUESTÃO.....	161
6. – CONCLUSÕES GERAIS DO CAPÍTULO.....	166
CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO ANTEPROJETO AO PROJETO	168
BIBLIOGRAFIA.....	173