

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO GORNICKI NUNES

**TEORIA DA CULPABILIDADE E ALTERIDADE:
um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO GORNICKI NUNES

**TEORIA DA CULPABILIDADE E ALTERIDADE:
um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Busato

CURITIBA

2017

N972t

Nunes, Leandro Gornicki

Teoria da culpabilidade e alteridade: um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal / Leandro Gornicki Nunes; orientador: Paulo Cesar Busato. – Curitiba, 2017.

161 p.

Bibliografia: p. 153-161.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2017.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Direito penal. 3. Culpa (Direito). I. Busato, Paulo Cesar. II. Título.

CDU 343.2

Catal

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas

TERMO DE APROVAÇÃO

Leandro Gornicki Nunes

Teoria da Culpabilidade e Alteridade:

um novo fundamento ético-material para a responsabilidade penal

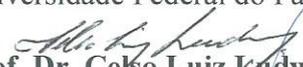
Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado e aprovada pela seguinte *banca examinadora*:

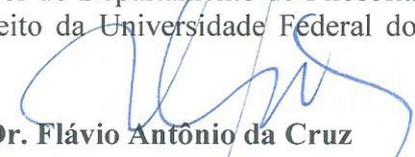
Orientador:


Prof. Dr. Paulo Cesar Busato
Professor do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná


Prof.ª Dr.ª Katie Silene Cáceres Arguëllo

Professora do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Professor do Departamento de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Flávio Antônio da Cruz
Professor de Direito Penal do Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC


Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter
Professor do Departamento de Criminologia da Universidade de São Paulo

Curitiba, 25 de setembro de 2017

*Para Lorenzo e Vittorio,
rostos que me revelam o infinito e toda a libertação,
eis-me aqui!*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à UFPR (Universidade Federal do Paraná) por ser um lugar promovedor de um contra-discurso à hegemonia neoliberal, cujos docentes representam uma grande força de resistência, merecendo destaque aqueles que contribuíram diretamente para os resultados da presente pesquisa: o penalista Paulo César Busato (Orientador), a criminóloga Katie Silene Cáceres Argüello, o processualista penal Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e o jusfilósofo Celso Luiz Ludwig.

Sou especialmente grato aos membros convidados da banca, os eminentes Professores Flávio Antônio da Cruz e Maurício Stegemann Dieter, cujas considerações na avaliação foram decisivas para a percepção de que muito ainda deve ser feito para a construção de um novo fundamento ético-material à culpabilidade.

Também sou grato às amigas e professoras Carla Odete Hofmann e Helena Schiessl Cardoso que incentivaram o meu ingresso no doutorado do PPGD-UFPR em 2013.

Quero marcar este lugar especial – os agradecimentos – deixando um fraternal abraço aos companheiros de caminhada, Márcio Soares Berclaz e Leonardo Marcondes Machado.

Registro o meu agradecimento também à Univille (Universidade da Região de Joinville) que, com o seu Programa de Qualificação Docente, forneceu recursos financeiros para a concretização do presente trabalho acadêmico.

Por fim, à Karine Schramm: teu sorriso me abre à infinitude do amor!

Da “Manchester Catarinense” para a Capital do Paraná, primavera de 2017

*"O único valor absoluto é a possibilidade humana de dar,
em relação a si, prioridade ao outro".*
(Emmanuel Levinas)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
-------------------------	----------

CAPÍTULO 1

TEORIA DA CULPABILIDADE E NEOLIBERALISMO: DESVELANDO A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL.....	14
1. A violência estrutural na era neoliberal.....	16
1.1. Fundamentos políticos e ideológicos do neoliberalismo	17
1.2. Racionalidade neoliberal: a negação da alteridade pela concorrência generalizada	25
2. A violência institucional na era neoliberal	34
2.1. Penalidade na era neoliberal: a gestão disciplinar da pobreza	35
2.2. Neoliberalismo e Tanatopolítica: da mão invisível à mão de ferro.....	42

CAPÍTULO 2

TEORIA DA CULPABILIDADE E PSICANÁLISE: a ineficácia punitiva diante da racionalidade neoliberal.....	48
1. Pensamento freudiano e alteridade: o sentimento de culpa e a renúncia ao instinto a partir do amor do outro	49
2. Alteridade do Outro e o campo lacaniano	57
2.1. O pequeno outro	57
2.2. O grande Outro	58
2.3. O outro do laço social e o discurso capitalista.....	61
2.4. Interseção: racionalidade neoliberal e violência no Brasil	62
3. Perversão Comum e os perigos de um mundo sem limites	64
4. Ética da Alteridade e violência na sociedade de consumo	68
5. Culpabilidade e Alteridade: a construção dos sistemas normativos internos.....	70

CAPÍTULO 3

TEORIA DA CULPABILIDADE E ALTERIDADE: LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO EM UM DIREITO PENAL ÉTICO	76
1. A crise da culpabilidade: necessidade de um novo fundamento ético-material	76
2. Culpabilidade e Filosofia da Linguagem: momento formal e validade intersubjetiva.....	80
2.1. Culpabilidade e a incongruência dos métodos de definição pós-finalista	83
3. Culpabilidade, Alteridade e Libertação: momento material e verdade ética	85
3.1. Culpabilidade e a Ética da Alteridade em Levinas	87
3.2. Culpabilidade e a Ética da Libertação em Dussel	94

CAPÍTULO 4

TEORIA DA CULPABILIDADE E O NOVO FUNDAMENTO ÉTICO-MATERIAL: REFLEXOS OPERACIONAIS DA ÉTICA DA ALTERIDADE NO JUÍZO DE RESPONSABILIDADE	103
1. Teoria da Culpabilidade e Ética da Alteridade: um giro epistemológico descolonizador.....	103
2. Reflexos Operacionais da Alteridade no Juízo de Responsabilidade.....	109
2.1. Alteridade e (in)capacidade de culpabilidade.....	110
2.1.1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade	110
2.1.2. Incapacidade de Culpabilidade ou Inimputabilidade.....	112
2.1.2.1. Anomalia psíquica decorrente de doença mental ou oligofrenia.....	114
2.1.2.2. Menoridade ou imaturidade.....	116
2.1.2.3. Embriaguez incontrolável e completa	122
2.2. Alteridade e (des)conhecimento da ilicitude	125
2.3. Alteridade e (In)Exigibilidade de Conduta Diversa	129
2.3.1. Coação moral irresistível.....	130
2.3.2. Obediência hierárquica (exculpante imprópria)	131
2.3.3. Direito de resistência pela desobediência civil.....	135
2.3.4. Direito de resistência pela objeção de consciência.....	136
2.3.5. Direito de resistência em face de marginalidade e pobreza extremas	139

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 147

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 153

RESUMO

O presente trabalho tem por *tema a teoria da culpabilidade e o seu fundamento ético-material*. O *objetivo geral é desenvolver um novo fundamento ético-material a partir da Ética da Alteridade de Emmanuel Levinas, com uma releitura antropológica realizada pela Ética da Libertação de Enrique Dussel*. Os *objetivos específicos* são: a) verificar os impactos da racionalidade neoliberal nas relações interpessoais e, conseqüentemente, na teoria da culpabilidade; b) demonstrar, no âmbito da psicanálise, o desenvolvimento de uma nova economia psíquica, desde a racionalidade neoliberal; c) apontar a alteridade como um novo fundamento ético-material para a culpabilidade; d) desenvolver a teoria da culpabilidade e seus reflexos operacionais, desde esse novo fundamento ético-material. O *método* será *dialético-crítico*, avançando para a perspectiva *analética*. A relevância do tema fica evidenciada em face do fracasso histórico das teorias tradicionais vinculadas à dogmática eurocentrista, refratária à realidade social e estrutural de países da periferia do capitalismo neoliberal. Tais teorias, vinculadas a juízos de reprovação, reforçam técnicas de gestão disciplinar da pobreza e contribuem para a ampliação da violência estrutural e institucional, negando a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade, que é o fundamento material de toda libertação.

Palavras-chave: *Direito Penal – Culpabilidade – Fundamento – Ética – Alteridade*

ABSTRACT

This paper deals with the *theory of culpability* and its *ethical-material basis*. The *general objective* is to develop a new ethical-material basis from the *Ethics of the Alterity* of Emmanuel Levinas, with a anthropological rereading for *Ethics of Liberation* of Enrique Dussel. The specific objectives are: a) to verify the impacts of neoliberal rationality on interpersonal relations and, consequently, on culpability theory; b) demonstrate in the scope of psychoanalysis the development of a new psychic economy, from the neoliberal rationality; c) pointing to the *Ethics of Alterity* as a new ethical-material basis for culpability; d) develop the theory of culpability and your operacionals effects from this new ethical-material basis. The method is critical-dialectical, advancing to the analectical perspective. The relevance of the theme is evidenced in the face of the historical failure of traditional theories linked to the eurocentric dogmatic, refractory to the social and structural reality of countries on the periphery of neoliberal capitalism. Such theories, linked to judgments of reprobation, reinforce techniques of disciplinary management of poverty and contribute to the expansion of structural and institutional violence, denying the production, reproduction and development of the life of each subject in society, which is the material basis of all liberation.

Key-Words: *Criminal Law – Culpability – Basis – Ethics – Alterity*

Introdução

"Achar a porta que esqueceram de fechar, o beco com saída, a porta sem chave, a vida". (Paulo Leminski)

Em uma dogmática operacional ou analítica¹, uma *infração penal* é constituída pelo *injusto* (objeto de valoração que fundamenta uma pretensão de ilicitude) e pela *culpabilidade* (juízo de valoração que fundamenta uma pretensão de reprovação). Na culpabilidade – enquanto elemento constitutivo do ilícito penal – é verificado se a conduta antijurídica deve ser censurada pessoalmente ao seu autor, justificando e limitando a aplicação de uma pena criminal (responsabilidade penal pessoal). Sem culpabilidade não será aplicável a pena criminal (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*).

Na evolução dogmática da teoria da infração penal o conceito de culpabilidade apresentou sensíveis variações. Porém, as mudanças conceituais em torno da culpabilidade, em geral, seguiram a lógica eurocêntrica do pensamento alemão, que, embora sejam preciosidades lógico-filosóficas, pouco contribuem para a *transformação ética* das práticas punitivas em países periféricos como o Brasil (carecem de pretensão de justiça).

No *modelo clássico de infração penal*, vinculado ao naturalismo positivista do século XIX, a culpabilidade era *psicológica*: consistia na relação psíquica entre a conduta do agente e o resultado dela derivado (nexo psicológico expressado por dolo ou imprudência). Esse conceito *psicológico* de culpabilidade foi defendido por juristas como Franz von Liszt (1851-1919), Ernst Ludwig von Beling (1866-1932) e Gustav Radbruch (1878-1949).

Já no início do século XX, sob o influxo neokantiano, o *modelo neoclássico de infração penal* surge com uma culpabilidade impregnada de normatividade (*juízo de reprovação*), sem se desatar – ainda – da concepção psicológica. Há, desde o trabalho de

¹ Conforme Juarez Cirino dos Santos, as definições de *fato punível* podem ser: a) *reais*: explicam a *gênese* da criminalidade; b) *materiais*: mostram o fato punível como *ofensa ao bem jurídico* protegido no tipo legal; c) *formais*: mostram o fato punível como *violação da norma legal*; d) *operacionais*: mostram o fato punível como *conceito analítico* estruturado pelos componentes do *tipo de injusto* e da *culpabilidade*. Esse estudo analítico do fato punível é fundamental para manter a racionalidade da jurisprudência criminal, trazendo maior segurança jurídica para as pessoas no Estado Democrático de Direito. Ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 71-72.

Reinhard Frank (1860-1934), um conceito *psicológico-normativo*². Também merecem destaque dentro dessa perspectiva os trabalhos de Berthold Freudenthal (1872-1929)³, James Paul Goldschmidt (1874-1940)⁴ e Edmund Mezger (1883-1962)⁵.

Foi no *modelo final de infração penal*, com características ontológicas, que a culpabilidade se tornou puramente *normativa*, passando a ser um *juízo de reprovação e exculpação*, em face do *poder-agir-de-outra-maneira* na situação concreta (*liberdade da vontade*). Ficam assim negados os pressupostos neokantianos. Enquanto no *injusto* haverá *desvalor de conduta* e *desvalor de resultado*, na *culpabilidade* haverá *desvalor de ânimo*. Isso coloca o sujeito humano no centro da doutrina jurídico-penal da culpa, dando-lhe dignidade de ser racional capaz de tomar decisões ao invés de mero objeto de valorações jurídicas⁶. Essa concepção puramente normativa de culpabilidade, é apresentada inicialmente por Otto Hellmuth von Weber (1893-1970)⁷, ainda no paradigma neokantiano, e depois será confirmada pelo pensamento de Hans Welzel (1904-1977)⁸, estabelecendo-se como paradigma dominante da metade do século XX até o final dos anos 1970 – pelo menos em solo alemão. O Brasil tardiamente adotou esse modelo de infração penal na reforma da Parte Geral do Código Penal⁹, estando em vigor até os dias de hoje.

Em face da impossibilidade de demonstração empírica da liberdade da vontade defendida por Welzel e seus seguidores, e da superação do debate estéril entre deterministas e indeterministas, novos *modelos pós-finalistas de infração penal* vêm surgindo para tentar solucionar as maiores controvérsias existentes em torno da culpabilidade, inclusive, com a proposta de substituição dessa categoria jurídica pelo conceito de *responsabilidade*. A título

² FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2000.

³ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2003.

⁴ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo: B de F, 2002.

⁵ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José A. Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 522.

⁷ WEBER, Hellmuth von. *Lineamentos del Derecho Penal Alemán*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008.

⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos F. Balestra, Buenos Aires: Depalma. 1956.

⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (parte geral com redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984). Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília. 12 de julho de 1984.

exemplificativo, Paulo César Busato cita: a) a *atributividade* de Reinhard Maurach: uma junção entre *culpabilidade* (capacidade de culpabilidade e potencial consciência da ilicitude) e *responsabilidade* (exigibilidade de conduta diversa); b) a *responsabilidade* do funcionalismo teleológico de Claus Roxin: uma união dos elementos da culpabilidade normativa (capacidade de culpabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) com a verificação da necessidade jurídico-penal de sanção no caso concreto, a partir de uma visão político-criminal (fins da pena); c) a *culpabilidade* do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs: promoção da estabilidade normativa sempre que verificada uma motivação contrária à fidelidade normativa (violação ao dever de fidelidade ao direito); d) o *déficit de lealdade* de Urs Kindhäuser: o dever de lealdade ao direito é vinculado à preservação de cada direito individual do cidadão, havendo abandono da comunidade quando violada a *virtude cidadã*, ficando evidenciada a matriz comunitarista e o consenso habermasiano; e) a *culpabilidade dialética* de Francisco Muñoz Conde: a culpabilidade, enquanto juízo de atribuição, é um fenômeno social, devendo ser reconhecidas as interferências sociais no âmbito de liberdade individual (determinismo leve); f) a *culpabilidade por vulnerabilidade* e a *coculpabilidade* de Eugenio Raúl Zaffaroni: a globalização neoliberal gera exclusão social e isso interfere diretamente na liberdade de escolha dos sujeitos, não havendo culpabilidade em situações de extrema exclusão ou havendo diminuição da culpabilidade por tais razões sociais, inclusive com a responsabilização simbólica da sociedade organizada que condiciona e limita as escolhas do indivíduo (coculpabilidade)¹⁰. Também podem ser citadas aqui as contribuições de Jorge Figueiredo Dias, com a sua liberdade existencial e a culpabilidade identificada com a personalidade do agente¹¹. No Brasil, partindo do modelo de infração penal significativa de Vives Antón e defendendo a tópica de Theodor Viehweg como critério interpretativo, Busato afirma que “a análise da culpabilidade é a análise concreta de se a expressão de sentido que traduz a atuação de uma pessoa que realizou uma conduta incriminada

¹⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 540-554.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1995. Para uma análise crítica das ideias de Figueiredo Dias, ver: AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal. Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires. *Panóptica*, a. 3, n. 18, p. 197, mar-jun. 2010.

transmite o sentido de que, no caso concreto, ela podia ter se portado de acordo com o que prescreve a norma”¹².

Em todas essas perspectivas pós-finalistas é percebido um reconhecimento de que as condutas humanas não são fruto de um determinismo ou de um livre-arbítrio. Dito de outro modo: há um reconhecimento de que, além dos aspectos individuais, há variáveis situacionais que interferem no comportamento humano, sem que isso implique defesa de qualquer (in)determinismo¹³. Logo, a culpabilidade deve ser analisada concretamente em atenção aos condicionamentos pessoais e sociais. A grande dificuldade está em encontrar um novo fundamento material para a culpabilidade vinculado ao *humanismo do outro*, afastado de um subjetivismo ético ou do contratualismo burguês, que são arquétipos racionalistas que negam a vida enquanto fundamento de toda ética. Eis o objetivo geral da presente pesquisa: *estabelecer a ética da alteridade (transcendental à mesmidade do mundo heideggeriano e à moral ontológica) como fundamento material da culpabilidade; fazer do outro a fonte de libertação do individualismo e da totalidade imanente à racionalidade neoliberal; consagrar um novo sistema ético (crítico) no Direito Penal*.

O intrigante pensamento ético, na perspectiva de Levinas, é uma obra incompleta, voltada para o futuro que é já passado remoto. Por isso, em termos metodológicos, haverá na presente pesquisa transgressão: um distanciamento do paradigma lógico-positivista/cientificista¹⁴ – fruto da filosofia das luzes – e da incongruência dos métodos de definição da culpabilidade que dominaram e dominam a dogmática penal até este início de século XXI, sem a pretensão de apresentar uma fórmula perfeita e insuscetível de críticas

¹² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 556. Em países com tendências eficientistas, parece perigoso o uso da tópicos como critério de resolução de casos penais envolvendo menores de dezoito anos.

¹³ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética: hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Trotta, 2016. p. 43: “el poder elegir es de un sujeto con posibilidad de poder elegir, y esto supone muchas condiciones materiales que frecuentemente se olvidan”.

¹⁴ São coordenadas do paradigma lógico-positivista/cientificista: a) *um discurso lógico*: busca de fundamento epistemológico, com o rigor dedutivo das argumentações; b) *um discurso empiricamente verificável*: caráter inexorável entre teoria e prática; c) *um discurso puro*: ausência de paixão, valoração e imaginação, em favor da impessoalidade e da objetividade. A partir desse paradigma haverá uma divisão entre *teoria forte do conhecimento científico* e *a teoria fraca da subjetividade*. Mas, há uma grande dificuldade de se distinguir os discursos que sustentam esses paradigmas. Ver: COSTA, Pietro. Discurso Jurídico e Imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (Org.). *Paixões do Jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Trad. Daniele R. W. de Araújo. Curitiba: Juruá, 2011. p. 167-226.

(totalidade ontognosiológica)¹⁵, as quais já são esperadas, principalmente, da parte de setores mais conservadores do normativismo burguês. Como disse Séverin-Carlos Versele: “as flores de um humanismo social murcham em um campo contaminado por moedas, sabres, cassetetes e aspersórios de água benta”¹⁶.

Essa tradicional negação da alteridade do outro decorrente da totalidade metodológica que envolve a “ciência criminal” é criticada por Salo de Carvalho: “à cultura narcisista é imprescindível o ocultamento da alteridade, de qualquer tipo de alteridade. Por isso, este sintoma ocidental pode explicar os problemas e os diagnósticos apontados, quais sejam, o processo de totalização científica, com a constante luta pelo resguardo dos pesquisadores da possibilidade de fala lícita sobre o fenômeno delinquência, e, fruto desta autonomização, a criminalização dos *estrangeiros* que tornam insegura a convivência dos Mesmos”¹⁷. Por isso é importante que agentes sociais com paciência, consciência ética e alegria desenvolvam e concretizem essa nova teoria da culpabilidade¹⁸.

Para o senso comum teórico (justiça surda e cega), o jurista não deve ser uma pessoa com imaginação, sendo estabelecida uma relação inexorável entre *racionalidade-realidade* e *criatividade-imaginação*, ou seja, uma contraposição onde criatividade e imaginação acabam depreciadas por perspectivas autoritárias de pensamento. É necessário reconhecer que a autossuficiência, a integridade e a falta de contradição do sistema normativo, além do caráter puramente lógico, mecânico e silogístico do discurso do saber, são coisas impossíveis de ser – honestamente – alcançadas. Na tensão existente entre *subjetividade/objetividade*, *imaginação/ciência*, *invenção/descrição*, na presente pesquisa, serão privilegiadas a subjetividade e a imaginação¹⁹ para inventar outra forma de atribuir

¹⁵ MELO, Nélvio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 272-273: “Levinas propõe a via ética como forma de desconstrução dos sistemas filosóficos que aspiram à totalidade ontognosiológica”.

¹⁶ VERSELE, Séverin-Carlos. A cifra dourada da delinquência. Trad. Nilo Batista e Francisco de Assis L. Campos. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 27, p. 5-20, jan-jun/1979.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334.

¹⁸ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 140: “Solo los pacientes con conciencia ética resisten. Deben saber festejar, danzar, ser felices en medio de las llamas, o no perseverarán. Un revolucionario triste es un triste revolucionario”.

¹⁹ COSTA, Pietro. *Discurso Jurídico e Imaginação...*, p. 179: “A imaginação emerge, então, no contexto da mais viva rebelião contra o formalismo, como uma dimensão antropológica atribuível ao jurista e, por sua vez, como a conotação essencial de sua atividade profissional: é o jurista, e, sobretudo o juiz, no momento em

responsabilidade que, além de discursivamente válida, seja materialmente verdadeira desde a *ética da alteridade*, de Emmanuel Levinas, com a releitura antropológica da *ética da libertação*, de Enrique Dussel. Trata-se, portanto, de uma luta anticolonial, uma relação heteronômica a outrem, ao “rosto do outro” (expressão que significa e dá significado à ética da alteridade levinasiana) que me comanda, cuja infinitude sou refém, como diria Levinas. O estatuto da alteridade é crítico, desconstrucionista e ousado. Não é um estatuto teorético, pois a alteridade está inscrita na concretude existencial de cada sujeito e entre os sujeitos. Talvez²⁰ isso implique um retorno às coisas simples, transcendendo a totalidade do modelo global de racionalidade científica (absolutismo dogmático) finalista e pós-finalista.

É necessário reivindicar ao Direito Penal um estatuto epistemológico e metodológico próprio, de matriz ética, sem que os eventuais dissensos paradigmáticos ou teóricos sejam considerados (não-)científicos. Distinções dicotômicas devem ser afastadas para o desenvolvimento de um novo fundamento material para a culpabilidade, com tolerância discursiva e transgressão metodológica, reconhecendo que as relações de poder que se estabelecem na sociedade não são neutras. A filosofia crítica deve ser prestigiada e o saber jurídico-penal deve perceber os efeitos não-desejados que a dogmática tradicional causa na vida concreta dos sujeitos em comunidade de países periféricos do capitalismo globalizado (os *outros/estrangeiros* do neoliberalismo). Essa é uma tendência pós-moderna já anunciada por Boaventura de Souza Santos, em meados dos anos 1980, na Universidade de Coimbra²¹.

que interroga o direito existente para aplicá-lo, quem descobre que não pode individualizar a ‘norma do caso singular’ simplesmente deduzindo-a de normas já dadas”.

²⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 55: “Talvez, é preciso dizer *talvez* quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história”.

²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 10. ed. Porto: Afrontamento, 1998. p. 46-48: “o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida [...] O conhecimento pós-moderno, sendo total, não é determinado, sendo local, não é descritivista. É um conhecimento sobre as condições de possibilidade. As condições de possibilidade da ação humana projetada no mundo a partir de um espaço-tempo local. Um conhecimento deste tipo é relativamente imetódico, constitui-se a partir de uma pluralidade metodológica. Cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada. Só uma constelação de métodos pode captar o silêncio que persiste entre cada língua que pergunta. Numa fase de revolução científica como a que atravessamos, essa pluralidade de métodos só é possível mediante transgressão metodológica”.

Honestamente, não é possível defender um novo fundamento material para a culpabilidade com isenção moral ou política (neutralidade axiológica). Tudo depende da concepção de justiça que fundamenta o trabalho do jurista. Como adverte Zagrebelsky, “toda a história da humanidade é uma luta por afirmar concepções de justiça distintas e inclusive antitéticas, ‘verdadeiras’ somente para quem as professa [...] a justiça renuncia a sua autonomia e se perde nos ideais, nas ideologias ou nas utopias”²². Mas, é indispensável ter uma *pretensão de justiça* (verdade ética). Novamente com Zagrebelsky é importante afirmar que “a justiça é uma exigência que postula uma experiência pessoal: a experiência, justamente, da justiça ou, melhor, da aspiração à justiça que nasce da experiência da injustiça e da dor que dela deriva. Se não dispomos de uma fórmula de justiça que possa pôr a todos de acordo, é muito mais fácil convir – menos às consciências desviadas – na percepção da injustiça contida na exploração, na coisificação dos seres humanos por parte de outros seres humanos”²³. Sem esse referencial, o poder punitivo do Estado se resume a uma força sem justiça: *tiranía*. Como aponta Michael Löwy, “a própria problemática, a formulação das perguntas, já define em boa medida o conteúdo mesmo da investigação: quem formula a pergunta já formula, em certa medida, a resposta, o tipo de pergunta formulada já dá cor política, ideológica, utópica, valorativa, ao conjunto da investigação”²⁴.

Assim, considerando que o Direito é uma construção social (lógica construtivista), a tradição em torno da culpabilidade pode ser (des)construída ou (re)construída, acordando do sono dogmático, para a promoção do progresso do *humanismo do outro* (ampliação dos direitos e das liberdades fundamentais), respeitando a *exterioridade do outro* e evitando a repetição de algo semelhante a Auschwitz, Treblinka ou Sobibor. Por isso, é indispensável construir um novo fundamento ético-material para a culpabilidade capaz de garantir a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade* (fundamento de toda ética)²⁵ e que contribua para a diminuição das formas de violência, em atenção à *alteridade*.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006. p. 18.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia...*, p. 26.

²⁴ LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1985. p. 53.

²⁵ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

A racionalidade formal – avessa às práticas libertadoras e à exterioridade do outro levinasiano – traz em si um fascínio capaz de cegar àqueles que não percebem os reais objetivos dos tradicionais discursos jurídicos oficiais (doxa): a preservação de um poder alienante (obstáculo social) do qual ela própria deriva (*autopoiesis*). Sendo o homem o conjunto das suas relações sociais, qualquer perspectiva positivista se torna funcional à preservação do sistema de poder em que ocorrem as interações, pois não há qualquer indagação a respeito dos pressupostos constitutivos da estrutura social²⁶. Surge, assim, como necessidade premente perceber que os discursos jurídicos tradicionais – conservadores – constroem os processos interpretativos do conceito de culpabilidade estabelecendo verdades seletivas, de modo que a construção de um novo fundamento material da culpabilidade não pode ficar apenas no nível dos consensos racionais da Ética do Discurso, desprovidos de qualquer pretensão de verdade ética, porque tais consensos – geralmente – negam a alteridade de sujeitos dissonantes, beneficiando apenas aqueles que estão no “círculo de consenso”. Ou seja: ainda que a noção de verdade prática (*alétheia praktiké*) ou ética (de conteúdo material) decorra da palavra (*logos*), para além de uma *teoria da validade*, baseada em acordos intersubjetivos (*razão comunicativa*), que representa um *momento formal* da culpabilidade, é também necessária uma *teoria da verdade (razão ético-crítica)*, baseada na *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, que representa o *momento material* da culpabilidade. Em síntese: não há *validade* (forma) seriamente concebida sem pretensão de *verdade* (conteúdo), a qual, desde a Ética da Libertação, só pode ser a afirmação da *vida*²⁷. Com isso, pretende-se demonstrar que qualquer conduta desviante, ainda que violadora da vida (fundamento primeiro de toda ética), não pode gerar uma reação oficial que negue a vida do outro, pois isso propagaria um ciclo de violência responsável pelo extermínio da vida em

²⁶ É necessário negar uma filosofia burguesa positivista, fundada em sistemas abstratos e antidialéticos, evidenciando as relações de dominação advindas do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal. A autoconservação do sistema culmina na negação da vida humana (não-verdade).

²⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 207-208: “Não há validade sem verdade. Não há validade séria sem pretensão de verdade; não há verdade em sentido pleno sem pretensão de validade. Toda argumentação tem simultaneamente uma dupla referência: por um lado, é um instrumento de verificação (em sentido lato); por outro, de validação”. É a partir da articulação do *critério de validade moral intersubjetivo (formal consensual)* com o *critério de verdade prática (material, de conteúdo)* que surge o *critério de factibilidade (materialidade de conteúdo e consensualidade validade)*. Eis a *eticidade*: o bem”.

geral, que deve ser o referente supremo responsável pela orientação das políticas ligadas ao funcionamento do Sistema de Justiça Criminal em um Estado Democrático de Direito.

É necessário destacar que o uso da violência incute no agredido um sentimento de legitimidade da sua reação (vingança). Na relação agressor-agredido-agressor se estabelece um ciclo de reações violentas com resultados imprevisíveis, evidenciando a irracionalidade do emprego da violência que nega a alteridade do outro. A violência torna qualquer ação social mais imprevisível, de modo que essa imprevisibilidade deve ser arrefecida pela intervenção do Estado, comprometida eticamente com a vida, através de um Direito Penal ético (mínimo). Dessa forma, qualquer construção de um fundamento material para a culpabilidade somente poderá ser considerada eticamente factível se estiver alinhado ao princípio universal de *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito* (a vida humana concreta de cada ser humano)²⁸.

O conceito de alteridade – desde o pensamento de Emmanuel Levinas e Enrique Dussel – é um elemento indispensável para essa (re)construção, cabendo frisar que Dussel dá um conteúdo antropológico ao conceito de outro, tornando-o ainda mais humano e evidenciando-o ainda mais como indispensável na concretude da vida.

Na perspectiva da alteridade, a culpabilidade deixa de ser pensada a partir da totalidade egológica do julgador, do sujeito desviante ou da vítima – sujeitos isolados – para ser construída a partir da *exterioridade do outro*, assumindo uma *responsabilidade por outrem*. A culpabilidade enquanto *juízo de alteridade* coloca suas luzes sobre a ampla complexidade das relações humanas, evitando o uso da pena como forma de satisfação de qualquer pretensão egoísta de vingança particular ou coletiva. Não há espaço para utilitarismos político-criminais. A culpabilidade abandona seus fundamentos metafísicos para se sustentar na realidade histórica, social e econômica dos sujeitos concretos em sociedade, obrigando os atores jurídicos a assumirem eticamente a *responsabilidade por outrem* em cada ato processual, promovendo uma transformação do Sistema de Justiça Criminal. Em termos práticos, a busca por significados epistemológicos de liberdade individual (*poder-agir-de-outro-modo*) é abandonada, assim como os normativismos finalistas e pós-finalistas. Qualquer perspectiva subjetiva e ontológica de culpabilidade

²⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 636: “as palavras ‘produção, reprodução e desenvolvimento’ da vida humana do sujeito ético ‘sempre’ significam não só o vegetativo ou o animal, mas também o ‘superior’ das funções mentais e o desenvolvimento da vida e da cultura humana”.

cede espaço para a Ética da Alteridade, não havendo necessidade de perquirir qual foi o grau de *esforço pessoal* ou *poder-de-agir-de-outra-maneira* para a adoção de uma resposta oficial do Estado às violações de bens jurídicos.

Trata-se de uma proposta de mudança filosófica e cultural no campo jurídico-penal, que depende de uma abertura ética ao “rosto do outro”²⁹, algo reconhecidamente de difícil realização – mas não impossível! – em um momento quando a barbárie, a violência e a morte diária de milhares de pessoas parece não incomodar mais.

Essa perspectiva fundada na alteridade é capaz de dar à culpabilidade a condição de redutor do eficientismo penal³⁰ de sociedades eticamente atrasadas do capitalismo avançado, onde muitos atores jurídicos ainda apresentam sintomas de um narcisismo moderno que luta para não perder o controle do entorno, ou seja, para não perder as suas verdades fundantes. Aparentemente, não é o medo da morte violenta que funda as práticas atuais do Sistema de Justiça Criminal; é o medo da perda do controle do entorno (imaginário), jamais controlado. Ao lado deste medo de perda de controle do entorno aparece, como obstáculo à construção de um novo fundamento material à culpabilidade, a alienação de uma população que voluntariamente se apresenta servil ao poder punitivo estatal, desejosa de mais controle social, especialmente por conta de um medo ubíquo sustentado pelos veículos de comunicação de massa (*mass media*). Estes, dentre outros fatores, evidenciam que a culpabilidade acaba servindo como ferramenta jurídica de gestão disciplinar da pobreza, neutralizando seletivamente as resistências prejudiciais ao funcionamento do capitalismo, especialmente em sua faceta neoliberal. Nesta configuração social, a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade, fundado na Ética da Alteridade, pode representar um corajoso corte epistemológico³¹. Afinal, mesmo o

²⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*. Lisboa: Edições 70. 1988. p. 89: “O laço com outrem só se aperta como responsabilidade, quer esta seja, aliás, aceita ou rejeitada, se saiba ou não como assumi-la, possamos ou não fazer qualquer coisa de concreto por outrem: Dizer: eis-me aqui. Fazer alguma coisa por outrem. Dar. Ser espírito humano é isso”.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. p. 290: “O eficientismo, em rigor, é um modelo-movimento de controle penal ideologicamente vinculado à matriz neoliberal (e ao Consenso de Washington), em que a contrapartida da minimização do Estado Social é precisamente a maximização do Estado Penal e à qual devemos remontar para compreender seu inequívoco significado político funcionalmente relacionado à conservação da ordem social”.

³¹ BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. 2. ed. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 147.

Direito sendo uma forma de violência – especialmente o Direito Penal –, é necessário mitigar essa violência, configurando tal postura uma “utopia possível”³². É um “sonho diurno”, uma força renovadora, que fundamenta uma consciência libertadora, capaz de projetar o futuro com melhoria do mundo³³.

O real não é apenas o que está aí; outro mundo é possível!³⁴ Apesar da tradição liberal burguesa que confere validade à culpabilidade, especialmente a partir das contribuições da dogmática penal alemã, é mais do que necessário construir um novo fundamento material (*giro descolonizador epistemológico*). Um fundamento – sem fundamentalismos – que impeça um retrocesso ao positivismo criminológico e ao retribucionismo. E é necessário ressaltar que um novo fundamento material para a culpabilidade não corresponde a qualquer tipo de essência ou natureza (realismo naturalista). A pretensão é de ver a culpabilidade desde momentos históricos e lugares diversos, afastando-se da “jurisprudência dos conceitos” (academicismo estéril eurocêntrico) e dando a ela a possibilidade de transformar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, desde uma nova concepção do fenômeno criminal³⁵. Como dito por Derrida: “cada avanço da politização obriga a reconsiderar, portanto a reinterpretar, os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados”³⁶.

Nesse caminho de transformação ético-material da categoria culpabilidade, são indispensáveis mediações com o campo sociológico (desvelamento da violência estrutural e institucional na era neoliberal), psicanalítico (reflexos da racionalidade neoliberal no

³² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 476: “Se o atual não permite que se viva, é preciso imaginar um ‘mundo onde seja possível viver’”

³³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 483: “Este ‘pro-jeto’ não é um ‘modelo de impossibilidade’ (como a ‘competição perfeita de F. Hayek ou a ‘comunidade de comunicação ideal’ de Habermas). É porém uma alternativa possível, um projeto ético-estratégico histórico onde se antecipa contrafactivamente a ‘nova’ comunidade de comunicação onde os não-participantes serão participantes. Mas é preciso ter na devida conta que é uma ‘nova’ comunidade e não simplesmente a ‘introjeção’ dos excluídos na ‘mesma’ comunidade hegemônica anterior”.

³⁴ DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Trad. Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 117: “Sem a esperança (tão estudada por Ernst Bloch) de um futuro que terá de se tornar possível, não há práxis crítica libertadora”.

³⁵ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 141: “El primer momento de la *praxis de liberación* (noción de etimología griega; *Befreiungspraxis* textualmente en Marx y Horkheimer) es la acción que desmonta la acción moral y deconstruye las instituciones vigentes”.

³⁶ DERRIDA, Jacques. *Força de lei...*, p. 56.

psiquismo dos sujeitos) e filosófico (a ética da alteridade como fundamento ético-material da culpabilidade), para evidenciar que o fenômeno criminal, e especialmente a categoria jurídica da culpabilidade, não podem ser analisados sob o enfoque restrito do normativismo (mero juízo de reprovação) ou do formalismo linguístico da Ética do Discurso, os quais se apresentam fechados à exterioridade do outro.

Tendo por fio condutor o pensamento crítico³⁷, é apresentada à comunidade acadêmica e jurídica uma tese analítica e propositiva que, além de pretender ajudar no acertamento de casos penais, representa um instrumento ético-jurídico para a (re)afirmação da *vida de cada sujeito em sociedade*, apesar do horizonte hostil das sociedades contaminadas pelo egotismo neoliberal. Enfim, em que pese ao genial trabalho de penalistas que desenvolvem grandes trabalhos ontológicos (pré-críticos), a partir da consciência de que não é possível constituir ao *outro* a partir do *mesmo*, o que se buscará é desenvolver a teoria da culpabilidade sem aderir ao Sistema Penal vigente, ao liberalismo, à modernidade³⁸ e, especialmente, ao capitalismo neoliberal, utilizando-se de categorias ético-críticas para desconstrução da violência institucional implementada por práticas triviais do Sistema de Justiça Criminal.

Para o (re)conhecimento dessa perspectiva ética em torno da culpabilidade é necessário anular o fetiche ao ego, ao sistema e à ontologia (concebida como *moral* – não *ética/meta-física* – do sistema vigente)³⁹. Os fetiches (consenso hegemônico) em torno do (in)determinismo e do normativismo no âmbito da culpabilidade ocultam a realidade de opressão promovida pelo Sistema Penal: só é possível falar em culpabilidade por meio de juízos – não-verdadeiros – de reprovação (*violência institucional ofensiva dominadora*), não cabendo “subjeter” a “realidade objetiva” dessa categoria constitutiva do conceito

³⁷ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 12-13: “El enfrentar a una persona humana y permitir que se revele en su realidad como persona, no como mera cosa, es el origen de lo crítico [...] Lo crítico, entonces, es recuperar al Otro/a como distinto del sistema que lo ha *cosificado*, diría G. Lukács, y, por lo tanto, dejado bajo el dominio de la Voluntad de Poder. Respetar la *alteridad* del Otro/a es la esencia y el origen de lo crítico, de la protesta, de la rebelión, y, en ciertos casos límite, hasta de la revolución de los sistemas vigentes, frutos del proceso de institucionalización de la dominación”.

³⁸ ESPOSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 113: “O fracasso das teorias políticas modernas não se deve nem às teorias nem às políticas mas a uma racionalidade que se esforça por integrar os indivíduos na totalidade do Estado”.

³⁹ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 119-120: “La *ética* es exactamente la pasividad abismal por la que el que inevitablemente es en su mundo deja ser al Otro *como otro*, superando la mismidad del mundo en el que siempre somos centro. La apertura *al Otro* como otro, más allá de lo *Mismo* es el pasaje anadialéctico de la ontología (la totalidad heideggeriana) a un más allá (*meta-*) del horizonte del mundo (*física*)”.

analítico de infração penal⁴⁰. Esta tese é contra isso! É negação da ordem moral vigente (nível prático negativo da crítica). É, também, uma práxis de libertação solidária com os excluídos negados pela totalidade dos normativismos finalistas e pós-finalistas desenvolvidos por teorias que, apesar de utilizarem fundamentos diversos, apenas reafirmam a dominação sistêmica (ontológica) dos juízos de reprovação que sustentam a ideia de culpabilidade como elemento constitutivo do conceito analítico de infração penal.

⁴⁰ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 146: “El fetichismo, como proceso cognitivo de ocultamento, consiste en considerar un horizonte como marco categorial (cultural o científico-social) que interpreta la realidad de alguna manera como si fuera la realidad misma”.

Capítulo 1

Teoria da Culpabilidade e Neoliberalismo: desvelando a violência estrutural e a violência institucional

“Driven on by a heart of stone, we could find that we're all alone, in the dream of the proud”. (D. Gilmour/A. Moore)

Antes de ser desenvolvida a ideia da alteridade como fundamento ético-material da culpabilidade¹, é necessário compreender os equívocos impostos pela racionalidade neoliberal no âmbito do sistema penal², tornando mais nítidas as formas de violência por ela impostas e, assim, a necessidade de mudança do fundamento da culpabilidade, ou seja, afastando-se da ideia simplista fundada em um juízo de reprovação, típica do normativismo finalista e pós-finalista.

A era neoliberal, com início no século XX e em franca expansão neste início de século XXI, promoveu crescimento da exclusão social exigindo dos governos, em contrapartida, a expansão do controle das classes consideradas perigosas (repressão do *precariado*³ – sem efetivação dos direitos sociais previstos em muitas Constituições dirigentes – e neutralização seletiva dos inimigos) para preservação do funcionamento do sistema político econômico, com intensificação daquilo que Zaffaroni denomina *estado de polícia*⁴.

¹ Por fundamento deve ser compreendida uma fundamentação teórica que não se confunde com qualquer forma de fundamentalismo.

² Muito embora o Direito Penal sempre tenha sido uma forma de violência oficial para controle dos sujeitos em sociedade, na era neoliberal, há uma agudização dos seus efeitos, especialmente para fazer frente à resistência da comunidade das vítimas em face da política de exclusão social. Eis a razão do recorte histórico proposto na presente pesquisa.

³ STANDING, Guy. *Precariado: a nova classe perigosa*. Trad. Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. p. 23: “o precariado poderia ser descrito como um neologismo que combina o adjetivo “precário” e o substantivo relacionado “proletariado”.

⁴ São características do *estado de polícia*: a) regido pelas decisões do governante; b) um grupo, classe social ou segmento dirigente definem o que é bom ou possível; c) decisões transitórias; d) a consciência do bom pertence à classe hegemônica (justiça substancialista); e) direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado, etc.); f) paternalista (ensina, castiga e tutela os seus súditos); g) suprime o conflito social. Em sentido contrário, o *estado de direito* tem as seguintes características: a) regido por regras anteriormente estabelecidas; b) definição do bom ou do possível pela maioria, com respeito às minorias; c) regras permanentes; d) a consciência do bom pertence à todo ser humano por igual (justiça procedimental); e) direito personalista (a serviço dos seres humanos); f) fraterno (respeita os seres humanos por igual, e, quando articula decisões de conflitos, deve afetar o menos possível a existência de cada um); g) resolve conflitos sociais. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 93-95.

Isso representa, além de técnicas e táticas de dominação, formas de violência (*estrutural e institucional*)⁵ que promovem mudanças culturais e afetam, assim, o modo de viver e de ver a vida de milhões de pessoas ao redor do mundo, sendo por essa razão um elemento essencial de análise no âmbito da teoria da culpabilidade, uma vez que evidencia a insuficiência teórica em torno da ideia de reprovação e dos consensos a respeito do que deva ser considerado reprovável (normativismo finalista e pós-finalista).

É preciso verificar, por meio do estudo dos fenômenos sociais, de que modo essas formas de violência – sustentadas por um Estado rendido ao ufanismo do mercado – alteram o poder de decisão de cada sujeito em sociedade, alterando, também, a forma como o Estado deve reagir a elas no âmbito do Direito Penal. Assim, elas não podem ficar alheias à teoria da infração penal, caso seja desejado um aprimoramento dogmático com *pretensão de justiça* em face da racionalidade neoliberal (contraconduta libertária).

Geralmente, o espaço das disciplinas jurídicas é sempre celular, havendo isolamento das ciências penais para facilitar a disciplina e a submissão dos penalistas aos interesses hegemônicos. Um sistema fechado obstrui o caminho para o desenvolvimento científico do Direito Penal em consonância com as disposições da Constituição da República, apartando a dogmática das decisões valorativas político-criminais e impedindo, assim, a comunicação com a realidade social⁶. Então, para a construção de um novo fundamento ético-material à culpabilidade, é necessária a interdisciplinaridade com a desconstrução do maniqueísmo simplista (lógica binária) que sustenta os tradicionais juízos de reprovação das condutas humanas, juízos esses que desprezam a realidade social. É necessário (re)conhecer a realidade social (lugar de negação da alteridade), as tensões concretas que dela decorrem e o papel do Estado na conservação de interesses hegemônicos vinculados ao capitalismo neoliberal.

É necessária uma teoria do conhecimento fundada no *modo de ser do real*, constituída por um pensamento dialético revelador da produção da história. Sem isso, há um saber dogmatizado e limitado a proclamar ideias superficiais a respeito da questão criminal. Pura apologia ao legalismo e aos interesses hegemônicos, sem preocupação emancipatória e libertadora dos sujeitos tradicionalmente excluídos do capitalismo.

⁵ A *violência estrutural* está ligada às relações de produção nos processos de trabalho, em todos os setores da atividade humana, enquanto que a *violência institucional* se liga ao conteúdo e à atuação ou funcionamento diferencial das superestruturas do poder político e jurídico do Estado. Ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 85.

⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 51-52.

Em última análise, realizando um *giro descolonizador criminológico*, é necessário eticamente sair do idealismo (falsa consciência das relações de poder)⁷ e questionar os pressupostos – silenciados – dos processos de criminalização (*primária e secundária*), opondo-se à opressão do ser humano (pretensão de justiça com negação da negação da vida). Então, a sociedade em suas condições materiais deve ser um ponto essencial (elemento empírico) da culpabilidade. Por isso a necessidade de conhecer as formas de violência advindas da racionalidade neoliberal e a exterioridade negada.

1. A violência estrutural na era neoliberal

A era neoliberal, diante da contundente fragmentação social e concorrência generalizada que promove, é um lugar propenso para o desenvolvimento de diversas formas de violência. A *violência estrutural*, decorrência das políticas econômicas, traz reflexos não só nas relações de produção e consumo, mas, também, nas políticas criminais necessárias ao controle de grandes contingentes populacionais (*violência institucional*). Assim, conhecer os fundamentos políticos e ideológicos do neoliberalismo é um pressuposto para o desenvolvimento de um novo fundamento ético-material à culpabilidade. Com o (re)conhecimento dos fundamentos políticos e ideológicos do neoliberalismo é possível compreender a insuficiência teórica de uma culpabilidade fundada em juízos formais de valor (reprovação) que apenas funcionam para preservar as formas de negação da vida daqueles considerados “perigosos” ou “nocivos” ao “bom desenvolvimento” dos tradicionais valores burgueses.

⁷ MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*: elaboração crítica à recente filosofia alemã que tem como principais representantes Feuerbach, B. Bauer e Striner, e ao socialismo alemão representado por seus diferentes profetas. Vol. 1 – Feuerbach: a oposição entre as concepções materialista e idealista. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 50-52: “A estrutura social e o Estado nascem continuamente do processo vital de indivíduos determinados, porém desses indivíduos não como podem parecer à imaginação própria ou dos outros, mas tal e qual são, isto é, tal como atuam e produzem materialmente e, portanto, tal como desenvolvem suas atividades sob determinadas limitações, pressupostos e condições materiais, independentemente de sua vontade. A produção de ideias, de representações e da consciência está, no princípio, diretamente vinculada à atividade material e o intercâmbio material dos homens, como a linguagem da vida real. [...] A consciência nunca pode ser outra coisa que o ser consciente, e o ser dos homens é o seu processo de vida real. [...] Ao contrário do que sucede na filosofia alemã, que desce do céu para a terra, aqui se ascende da terra ao céu. Ou, dito de outro modo, não se parte daquilo que os homens dizem, imaginam ou representam, nem do que são nas palavras, no pensamento, imaginação e representação dos outros para, a partir daí, chegar aos homens de carne e osso; parte-se, sim, dos homens em sua atividade real, e, a partir de seu processo na vida real, expõe-se também o desenvolvimento dos reflexos ideológicos e dos ecos desse processo vital. E mesmo as formulações nebulosas do cérebro dos homens são sublimações necessárias do seu processo de vida material que se pode constatar empiricamente e que se encontram sobre bases materiais. [...] os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir da sua realidade, também o seu pensar e os produtos de seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida é que determina a consciência”.

1.1. Fundamentos políticos e ideológicos do neoliberalismo

O neoliberalismo sofreu diversas alterações ao longo das últimas décadas (1990 e 2000) e se constitui pela mescla de práticas e ideias. Trata-se de um projeto aberto, plural e adaptável, cujo núcleo é a articulação do Estado, do mercado e da cidadania, malgrado exista uma certa “demonização” do Estado e um “culto” ao mercado, este visto como “reino da virtude”⁸.

Apoiados no trabalho de Serge Audier⁹, Pierre Dardot e Christian Laval sustentam que o neoliberalismo é fundado no cosmopolita *Colóquio Walter Lippmann*, organizado pelo filósofo Louis Rougier (membro do Círculo de Viena), para combater a ascensão dos totalitarismos. O evento ocorreu em Paris, nos dias 26 a 30 de agosto de 1938, no âmbito do Instituto Internacional de Cooperação Intelectual. Participaram dessa reunião Friedrich Hayek, Jacques Rueff, Raymond Aron, Wilhelm Röpke e Alexander von Rüstow. É uma reação teórica e política ao estado de bem-estar social (*welfare state*).

Já em 1944, Friedrich Hayek, disposto a atacar o Partido Trabalhista inglês, desenvolve o texto *O Caminho da Servidão*, que seria um grande marco teórico neoliberal¹⁰. Nele, ataca a limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, considerando-a uma ameaça letal à liberdade econômica e política. Hayek foi o corifeu neoliberal e responsável pela criação da *Sociedade de Mont Pèlerin*, reunindo, em 1947, os economistas contrários ao Estado de bem-estar social e ao New Deal (Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig von Mises, Walter Eucken, Walter Lippman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga). O objetivo era combater as ideias de Keynes e o solidarismo, preparando as bases de um novo capitalismo, duro e livre de regras¹¹. Era o início daquilo que se tornaria um hipercapitalismo.

Esse grupo entendia que o *welfare state* destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, considerado um elemento vital para a prosperidade de todos (*razão competitiva*). Argumentavam que a desigualdade era um valor positivo. Como

⁸ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 32-33.

⁹ AUDIER, Serge. *Le Colloque Lippmann: aux origines du néolibéralisme*. Latresne: Le Bord de l’Eau, 2008.

¹⁰ HAYEK, Friedrich August. *The Road to serfdom*. Londres: Georges Routhledge, 1944.

¹¹ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo [Org.]. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-10.

raízes da crise, Hayek e seus asseclas apontavam os sindicatos e o movimento operário, que haviam corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários, além de pressionar para o aumento dos gastos sociais por parte do Estado¹². A estabilidade monetária passou a ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso era necessário: a) disciplina orçamentária (corte de gastos em áreas sociais); b) restauração da “taxa natural de desemprego” ou criação de um “exército de reserva de trabalho” (diminuição salarial e perda de poder político dos sindicatos); c) incentivos fiscais para os agentes econômicos (redução de impostos sobre rendas). Isso, na visão neoliberal, provocaria a almejada desigualdade necessária para dinamizar as economias avançadas.

Tal estratégia ganhou maior espaço, em 1979, com o governo Thatcher, na Inglaterra, que se empenhou publicamente em executar o programa neoliberal, seguido, em 1980, pelo governo Reagan, nos E.U.A., e em todos os países do norte da Europa ocidental. Esses governos contraíram a emissão monetária, elevaram a taxa de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controles sobre os fluxos financeiros, provocaram desemprego em massa, aplastaram greves, impuseram leis antissindicais, cortaram gastos sociais e lançaram um amplo programa de privatização. Houve a queda da taxa de inflação, aumento do lucro das indústrias dos países centrais do capitalismo contemporâneo, derrota do movimento sindical, contenção dos salários, crescimento das taxas de desemprego e aumento da desigualdade social¹³. Porém, a desregulamentação financeira criou condições adequadas para a inversão especulativa em detrimento da produtividade. A especulação financeira diminuiu o comércio mundial de mercadorias reais¹⁴.

Trata-se de uma tentativa de reconstrução da doutrina liberal para impedir o intervencionismo de Estado, o coletivismo, a redistribuição de renda e a proteção social¹⁵.

¹² ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo...*, p. 10.

¹³ ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo...*, p. 11-15.

¹⁴ AVELÂS NUNES, António José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75-76: “cerca de dois bilhões de dólares circulam diariamente no ‘mercado cambial único’ em busca de lucro fácil e imediato, sem qualquer relação com a actividade produtiva ou o comércio. [...] Os factos dão razão ao velho Keynes que, há mais de cinquenta anos, advertia para os perigos de paralisação da actividade produtiva em consequência do aumento da importância dos mercados financeiros e da finança especulativa”

¹⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo. 2016. p. 71-76.

Perry Anderson afirma que, economicamente o neoliberalismo é um fracasso, uma vez que não conseguiu revitalizar o capitalismo avançado; socialmente, obteve êxito em seu nefasto projeto de criar sociedades marcadamente desiguais, embora não tão desestatizadas como queria; política e ideologicamente alcançou êxito em grau inimaginável aos seus criadores, disseminando a simples ideia de que não há alternativas para os seus princípios, sendo dever de todos se adaptarem a ele. Nas palavras de Perry Anderson: “Provavelmente, nenhuma sabedoria convencional conseguiu um domínio tão abrangente desde o início do século como o neoliberal hoje”¹⁶. No Brasil, em 2017, ou seja, um ano após o golpe político-jurídico que destituiu Dilma Rousseff da Presidência do país¹⁷, há um forte consenso em relação aos dados macroeconômicos: para os “especialistas” – incluindo gente excluída – o que importa é o aumento do volume de negócios na Bolsa de Valores, a queda na cotação do Dólar, do famigerado “Risco-Brasil”¹⁸, e, da Taxa Básica de Juros (SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – para títulos federais). Entretanto, esquecem esses “especialistas” que, na “calada da noite”, os direitos sociais continuam sendo subtraídos da população, especialmente, da população de baixa renda, otimizando a violência estrutural, cujos reflexos serão sentidos por longos anos na Política Criminal. Dito de forma mais direta: o desastre humanitário decorrente das políticas econômicas neoliberais será acompanhado de inexorável desastre humanitário na Política Criminal para controle dos contingentes humanos excluídos de uma vida minimamente digna. Para essa afirmação não parecer profética, em caso de dúvida, basta apurar os dados do

¹⁶ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo..., p. 23. O neoliberalismo acabou se tornando hegemônico ideologicamente, fazendo com que governos ao redor do mundo que se proclamavam de esquerda tivessem o mesmo zelo neoliberal. No Brasil, isso fica muito claro a partir dos governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Trata-se de um movimento ideológico em escala realmente mundial, nunca visto desde o início do sistema capitalista. Em suma, a globalização econômica é sustentada pelo consenso neoliberal.

¹⁷ Segundo o TSE (Tribunal Superior Eleitoral), Dilma Rousseff obteve 51,64% dos votos válidos, ou seja, 54.501.118 votos, nas eleições de 2014. Nem mesmo esse contingente expressivo de eleitores representa um limite aos objetivos neoliberais.

¹⁸ De cunho eminentemente neoliberal – portanto, eficientista –, o denominado “risco país” ou “*Emerging Markets Bond Index Plus* (EMBI+)” é indicador financeiro para determinar o grau de instabilidade econômica de países emergentes como o Brasil, servindo, conseqüentemente, para medir o grau de “perigo” que um país representa ao investidor estrangeiro. Em termos técnicos, “o EMBI+ é um índice baseado nos bônus (títulos de dívida) emitidos pelos países emergentes. Mostra os retornos financeiros obtidos a cada dia por uma carteira selecionada de títulos desses países. A unidade de medida é o ponto-base. Dez pontos-base equivalem a um décimo de 1%. Os pontos mostram a diferença entre a taxa de retorno dos títulos de países emergentes e a oferecida por títulos emitidos pelo Tesouro americano. Essa diferença é o spread, ou o spread soberano. O EMBI+ foi criado para classificar somente países que apresentassem alto nível de risco segundo as agências de rating e que tivessem emitido títulos de valor mínimo de US\$ 500 milhões, com prazo de ao menos 2,5 anos”. Ver: <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=40940&module=M>

Ministério da Justiça a respeito do crescimento da população prisional no Brasil, desde 1990, bem como o número de ações policiais que resultaram na morte de sujeitos considerados perigosos, especialmente, com envolvimento em ações de narcotraficância¹⁹.

Por outro lado, é possível afirmar que o verdadeiro êxito do neoliberalismo não está em seus lucros econômicos – que não são visíveis no estômago da maioria da população do planeta que passa fome –, senão em seu aporte em um mundo suficientemente estupefato para aceitar os seus motivos mais maçantes.

A sociedade neoliberal é um lugar em que os sujeitos se tornam menos propensos a ajudar alguém em situação de exclusão, especialmente porque a vida em meio à multidão retira do sujeito a percepção de *responsabilidade pelo outro*, havendo uma cultura da indiferença (negação da alteridade): é um lugar em que o outro/excluído é negado e os sujeitos criam muros simbólicos e buscam paliativos para as neuroses cotidianas (drogadição, por exemplo) como mecanismo psíquico de defesa, em face do culto ao *eu* e da solidão e da indiferença dele decorrentes (patologias do narcisismo). É mais fácil eximir-se de *responsabilidade pelo outro*, encontrar autojustificativas para a inação solidária em meio à multidão. A pressa e a infelicidade inerentes ao cotidiano neoliberal contribuem para essa propensão a não se envolver em “assuntos dos outros”. É uma sociedade educada na falta de solidariedade²⁰, na mentira e na morte, sendo, assim, um bom lugar para o desenvolvimento do capital. Lipovetsky vê como traços culturais da “era do vazio” o narcisismo hedonista e um trabalho de “construção de si” (hiperindividualismo): “A condição social pós-moderna é comandada por esse ideal de controle soberano de si e por essa luta sem fim contra o preexistente herdado. O

¹⁹ CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da Violência 2017*. IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Avançada) e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). Rio de Janeiro, jun./2017. p. 22-24. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf. Acesso em: 08 jul. 2017: “Nos últimos anos, assistimos a um realinhamento a favor desse modelo de atuação policial que permanece como um dos maiores desafios de nosso processo de consolidação democrática e de um efetivo Estado de Direito. Não com surpresa, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em sentença do dia 16 de fevereiro de 2017, no Caso Favela Nova Brasília. O Estado brasileiro foi condenado pelas falhas e demora na investigação e sanção dos responsáveis pelas execuções extrajudiciais de 26 pessoas durante operações realizadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro nessa comunidade do Complexo do Alemão, em 1994 e 1995 [...] A letalidade policial e a vitimização policial que a ela se associa são produtos de um modelo de enfrentamento à violência e criminalidade que permanece insulado em sua concepção belicista, que pouco dialoga com a sociedade ou com outros setores da administração pública”.

²⁰ SOMMERS, Sam. *O poder das circunstâncias*: entenda como o mundo à nossa volta influencia nossos pensamentos e comportamentos. Trad. Sabine A. Holler. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 54-55: “Quando ninguém no meio da multidão parece preocupado com o que está acontecendo, cada um de nós se sente mais confortável com a situação, contribuindo para um ciclo de inércia que se perpetua quando novos indivíduos entram em cena”.

indivíduo pós-moderno é excessivamente caricaturado como uma mônada fechada sobre si mesma”²¹. Muito embora seja fruto de uma ideologia medíocre, a miséria dos conceitos é acreditada por muitos seguidores, ainda que vítimas dessa trama de poder²², evidenciando um quadro agudo de alienação.

Na economia neoliberal a exclusão social é endêmica, pertencendo a sua lógica interna. Esse mal-estar é demonstrado pelas estatísticas mundiais que indicam o aumento na desigualdade da distribuição de riqueza, malgrado a intensificação dos fluxos mundiais de capital e de trabalho, da extensão dos mercados, da globalização das políticas e dos progressos nas comunicações. A possibilidade de melhorar o padrão de vida é cada vez mais inacessível à maior parte da população, fazendo com que a incerteza, o paradoxo e o risco – medo – marquem o futuro das nossas sociedades. O desemprego estrutural funciona como o principal mecanismo disciplinador da força de trabalho²³. Zaffaroni observa que há um *poder planetário* na era do *pensamento único* (globalização) caracterizado por: a) velocidade de comunicação, decorrente da revolução tecnológica; b) desregulação econômica em favor do mercado global; c) aceleração da concentração de capital financeiro; d) deslocamento de capitais para lugares com menos garantias trabalhistas; e) redução do poder político em favor do poder financeiro; f) aumento do desemprego e deterioração salarial; g) ausência de mediação entre capital e trabalho; h) fragilização dos sindicatos; i) especulação financeira; j) “paraísos fiscais” funcionando com o conhecimento de todos; k) incentivos fiscais aos grandes capitalistas e aumentos da carga tributária aos consumidores de baixa renda. Todas essas mudanças acabam culminando na geração de um amplo e crescente setor de pessoas excluídas. Na “Sociedade 20 por 80” (20% incluídos e 80% excluídos) haverá ilhas de riqueza em um mar de pobreza, onde o excluído não será um sujeito meramente explorado; ele será desnecessário e incômodo,

²¹ LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal: ética, mídia e empresa*. Trad. Juremir M. da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 21.

²² CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 3.

²³ HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 163-166. Bauman irá enfatizar que “a ameaça do desemprego desloca o ônus da prova para a parte adversa, ou seja, para os dominados. Cabe agora aos subordinados adotar um comportamento que tenha boas chances de agradar aos chefes e de estimulá-los a ‘adquirir’ seus serviços e seus ‘produtos’ particulares – exatamente como os outros produtores e revendedores estimulam em seus potenciais consumidores o desejo de comprar as mercadorias que vendem. ‘Seguir as rotinas’ não basta para atingir esse objetivo”. In BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 52

por isso, descartável socialmente²⁴. Eis as raízes de uma política de morte (tanatopolítica).

Os reflexos sociais das políticas neoliberais devem repercutir no juízo ético inerente à culpabilidade, seja em relação ao paradigma finalista, seja em relação ao pensamento pós-finalista, fundado em uma filosofia da linguagem eminentemente formalista e despregada das reais condições de exclusão de países periféricos da ordem neoliberal. São elementos sociológicos que não podem ser desprezados pela teoria da culpabilidade.

A metamorfose capitalista advinda com a globalização neoliberal revogou o constitucionalismo social, prejudicando qualquer programa de emancipação do Brasil. Ao invés de vermos nações, na prática, o que se vê são colônias. Trata-se do “neocolonialismo”²⁵. Na agenda neoliberal os governos precisam se adaptar a uma ordem econômica variável ou flutuante, baseada em uma incessante concorrência generalizada. E o Estado acaba assumindo um papel esquizofrênico: de um lado, será um agente muito eficiente na edição de leis que abolem direitos sociais e agudizam o eficientismo penal, e, de outro lado, será apontado como responsável pelo atraso no desenvolvimento econômico e lugar da corrupção por excelência. Com esse estratagem, as políticas neoliberais desviam a atenção da sua corrupção estrutural, esvaziam o debate político e demonizam o Estado – embora dependam diretamente dele –, garantindo, assim, o pleno desenvolvimento da concentração de renda e exclusão de países e seres humanos da ordem econômica.

Atualmente, é possível afirmar que a expansão neoliberal promove regressão dos Direitos Humanos, e o mais paradoxal: por meio do direito. Ao contrário do que muitos pensam, nele há grande intervenção estatal: um intervencionismo para moldar politicamente relações econômicas e sociais regidas pela concorrência (princípio central da vida social e individual).

A lógica econômica neoliberal vai corroendo a solidariedade e os direitos sociais por meio de uma legislação que afronta diretamente as Constituições. O Estado também encarna a racionalidade empresarial, de modo que o seu êxito nos “negócios” não pode ficar submisso às barreiras de cunho social. As leis retirarão direitos sociais para o pleno desenvolvimento da concorrência generalizada. Essa concorrência

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal. In: PIERANGELI, José H. (Org.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 14-15.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56-57.

generalizada é, assim, um produto artificial de uma história e de uma construção política. Afinal, o mercado não é o dado natural. Trata-se de uma realidade construída que necessita da intervenção estatal na forma de um sistema jurídico que lhe dê sustentação (violência estrutural).

Muito embora isso não seja novidade²⁶, as leis na era neoliberal cumprem a função de manipulação dos conflitos econômicos inerentes a essa forma de capitalismo radical, com aumento das assimetrias históricas e reversão de direitos sociais de envergadura constitucional. Esses direitos sociais (educação, saúde, previdência, trabalho) não são mais vistos como algo importante para o desenvolvimento de um país ou de uma nação. Agora, seguindo a totalidade da racionalidade neoliberal, onde a figura do cidadão é substituída pelo empreendedor (cada sujeito é uma *empresa de si*), os direitos sociais são vistos como benefícios ou privilégios estritamente individuais, de modo que cada um deve busca-los com suas próprias forças, sem qualquer intervenção do Estado. Franco Berardi analisa criticamente esse novo modelo econômico – assim como o discurso cultural dele decorrente – apontando que ele promete a felicidade individual (“ideologia felicista”), o sucesso garantido, a ampliação de horizontes de experiência e conhecimento, mas, na realidade, é um fracasso:

“essa promessa era falsa, como todo discurso publicitário. Estimulados pela expectativa de felicidade e de sucesso, milhões de jovens trabalhadores altamente escolarizados aceitaram trabalhar em condições horríveis de estresse, de superexploração, de subemprego, deslumbrados por uma ambígua representação em que o trabalhador aparece como empresário de si mesmo, e a competição é elevada a regra existencial universal”²⁷.

O imperativo da competição reflete uma dessolidarização generalizada em todos os campos da vida (*razão competitiva*). A guerra se torna um princípio de vida a todo instante (*militarização da vida*) e, contingencialmente, isso irá afetar os sujeitos e a sua relação com os valores essenciais da sociedade (bens jurídicos), de modo que a culpabilidade e o juízo ético que a fundamenta necessitam ser revistos criticamente, desde essas alterações estruturais e culturais promovidas pelo neoliberalismo.

²⁶ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Silvio D. Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 98: “O poder de um homem sobre outro expressa-se na realidade como o poder do direito, isto é, como o poder de uma norma objetiva imparcial”.

²⁷ BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade: trabalho cognitivo e crise da new economy*. Trad. Orlando dos Reis. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 8.

As estratégias neoliberais parecem não ter limites e deglutem violentamente as democracias e os direitos sociais inerentes a elas, negando, assim, a alteridade dos excluídos, tudo por meio de uma concorrência generalizada (norma geral das práticas econômicas fundada na desigualdade das relações entre empresas). O mais lamentável é que isso ocorre com a aquiescência dos dominados (servilismo voluntário), cujo grau de alienação impede-os de perceber a violência simbólica atrelada a uma racionalidade que vê os investimentos em áreas sociais como privilégios aos “inaptos” ou “incompetentes” nessa “inevitável” e “natural” concorrência generalizada. Essa racionalidade neoliberal também vê em qualquer política de bem-estar social um entrave ao desenvolvimento econômico de países periféricos do capitalismo, a exemplo do Brasil²⁸. Para os neoliberais e para os nefelibatas, o fundamental é implantar “políticas de austeridade” econômica.

Obviamente, tudo isso tem um propósito, ou seja, não é uma ação silenciosa ou neutra: “Longe de ser ‘neutra’, a reforma gerencial da ação pública atenta diretamente contra a lógica democrática da cidadania social; reforçando as desigualdades sociais na distribuição dos auxílios e no acesso aos recursos em matéria de emprego, saúde e educação, ela reforça as lógicas sociais de exclusão que fabricam um número crescente de ‘subcidadãos’ e ‘não cidadãos’”²⁹. É possível perceber que as democracias sucumbem diante das políticas de “austeridade financeira” aplicadas por governos das mais variadas linhas ideológicas. Porém, até economistas vinculados ao departamento de pesquisas do FMI (Fundo Monetário Internacional) começam a reconhecer os equívocos das políticas econômicas neoliberais³⁰, ou seja, até os tradicionais corifeus do neoliberalismo começam a negar a racionalidade neoliberal.

²⁸ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira...*, p. 10-12: “A reprodução de todos os privilégios injustos no tempo depende do ‘convencimento’, e não da violência. Melhor dizendo, essa reprodução depende de uma ‘violência simbólica’, perpetrada com o consentimento mudo dos excluídos dos privilégios, e não da ‘violência física’ [...] “... tamanha ‘violência simbólica’ só é possível pelo sequestro da ‘inteligência brasileira’” [...] “Indivíduos e classes sociais inteiras têm que, efetivamente, ser feitos de ‘tolos’ para que a reprodução de privilégios tão flagrantemente injustos seja eternizada” [...] “A dominação social material e concreta de todos os dias só é efetiva e tende a se eternizar se é capaz de se ‘justificar’ e convencer”.

²⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 381.

³⁰ OSTRY, Jonathan D.; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. Neoliberalism: oversold? *Finance & Development*. Washington-DC, v. 53, n. 2, p. 38-41. jun/2016. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/pdf/ostry.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017. p. 38: “Instead of delivering growth, some neoliberal policies have increased inequality, in turn jeopardizing durable expansion”. Tradução livre: “Em vez de gerar crescimento, algumas políticas neoliberais aumentaram a desigualdade, colocando em risco uma expansão duradoura”.

1.2. Racionalidade neoliberal: a negação da alteridade pela concorrência generalizada

Embora haja na sociedade atual um incremento da gestão social, com grande controle e vigilância dos sujeitos, (neo)conservadorismo³¹ e negação dos direitos sociais (privação material), é nítido, em contrapartida, que o neoliberalismo impõe discursos homogêneos de eficiência (gestão das mentes) que estimulam viver egoisticamente em um ilusório mundo sem limites, com superação ilimitada de si mesmo, como se os sujeitos fossem empresas, e, dessa forma, devessem superar o seu desempenho a todo instante³². Em termos foucaultianos, é perceptível que a biopolítica, além de produzir corpos dóceis e úteis, logrou produzir uma racionalidade vinculada à dominação ou certo tipo de servidão (in)consciente à violência do capitalismo neoliberal (índole de escravo)³³.

Está-se diante do *homo oeconomicus* de Foucault: um sujeito que atua de modo estratégico e racional para a otimização dos recursos, guiando-se por um princípio de interesse dentro de uma mecânica de interesse. Eminentemente governável e manejável, o *homo oeconomicus* se conforma à realidade econômica e a sua racionalidade cede às modificações das variáveis do meio. Nas palavras de Foucault: “O *homo oeconomicus* é aquele que obedece ao seu interesse, é aquele cujo interesse é tal que, espontaneamente, vai convergir com o interesse dos outros. O *homo oeconomicus* é, do ponto de vista de uma teoria do governo, aquele em que não se deve mexer. Deixa-se o *homo oeconomicus* fazer. É o sujeito ou o objeto do *laissez-faire*. É, em todo caso, o parceiro de um governo cuja regra é o *laissez-faire*”³⁴. Esse “sujeito do interesse”, calculador e racionalizado, vê no mito burguês do “contrato social” um princípio empírico das ações humanas, negando qualquer alteridade. Para ele, o contrato social ganha uma dimensão

³¹ Segundo Marcia Cavallari, CEO do Ibope Inteligência: “Observa-se um aumento do conservadorismo em função do maior apoio às medidas punitivas, seja em decorrência do aumento das taxas de violência no País, ou de um desejo de se acabar com a impunidade percebida”. Ela acrescenta que “as questões políticas, econômicas e sociais pelas quais o País passa também contribuem para o endurecimento em relação à punição”. Ver pesquisa realizada entre 08 e 12 de dezembro de 2016. Disponível em: [http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_1713_BRASIL%20-%20Relat%C3%B3rio%20de%20tabelas%20\(impressa\)-v2.pdf](http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_1713_BRASIL%20-%20Relat%C3%B3rio%20de%20tabelas%20(impressa)-v2.pdf). Acesso em 06 jan. 2017.

³² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 326.

³³ ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: para uma sociedade sem tiranias. *Educação e Sociedade*. Campinas, v. 22, n. 76, p. 76-93, out/2001. p. 78: “O homem, cuja liberdade é por natureza ‘não heroica’, o homem feito de ‘medo e amor’, acaba por aceitar a ordem do tirano como se viesse dele mesmo. Eis a obra mais terrível da violência: a obediência não é mais consciente, ela é, então, uma inclinação natural”.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 369.

realística, porque apenas consegue pensar e agir desde a perspectiva de obtenção de lucros, ou seja, pensa e age a partir dos seus interesses, negando a alteridade do outro. Do modo sustentado pelo jurista conservador de Oxford, William Blackstone (1723-1780), ou David Hume (1711-1776), crê no contrato como convergência de interesses para a satisfação das necessidades individuais³⁵. Sua racionalidade é altamente econômica. O respeito às leis não decorrerá de um vínculo ético com o outro: trata-se da defesa de interesses, especialmente, a segurança das relações pessoais, sociais, econômicas ou jurídicas. Dentro da lógica do “sujeito de interesse” (*homo oeconomicus*) – quintessência do “sujeito de direito” (*homo iuridicus*) – se não houver mais qualquer interesse na manutenção do mítico “contrato social”, não haverá mais qualquer razão para respeitar-se as suas cláusulas. No mundo neoliberal, onde cada um é uma “empresa de si”, cujos “lucros” – leia-se: gozo – devem ser aumentados sempre, não há qualquer razão lógica para tais “lucros” serem limitados pelos princípios do liberalismo clássico burguês, especialmente, o princípio da legalidade. Aliás, é vedado ao Estado editar leis que obstaculizem os interesses individuais das “empresas de si”. A agressividade da competição generalizada imposta pela racionalidade neoliberal impede até mesmo a conservação dos interesses de uma burguesia até então dominante. Trata-se de algo grotesco, sem modos, insaciável³⁶.

A competição generalizada neoliberal interferirá nas relações humanas, impondo uma lógica de lucro máximo, que pode ser lida como um “gozar sem limites”. Reconhecer isso não implica restaurar formas tradicionais e totalitárias de autoridade. Também não significa que o sujeito neoliberal “não respeita mais nada” e que vive um gozo anárquico. Mas, “a racionalidade neoliberal produz o sujeito de que necessita ordenando os meios de governa-lo para que ele se conduza realmente como uma entidade em competição e que, por isso, deve maximizar seus resultados, expondo-se a riscos e assumindo inteira responsabilidade por eventuais fracassos. ‘Empresa’ é também o nome que se deve dar ao governo de si na era neoliberal”³⁷. No Brasil, há uma revista cujo nome é sintomático: “Você S/A”.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica...*, p. 372-373.

³⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de A. Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 73: “a ideia de dinheiro evoca individualismo: uma relutância a se envolver com outros, a depender de outros ou a aceitar pedidos dos outros [...] viver em uma cultura que nos cerca com lembretes de dinheiro pode moldar nosso comportamento e nossas atitudes de maneiras a respeito das quais não temos consciência e das quais talvez não nos orgulhemos”.

³⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 328.

A partir dessa concepção em que cada um é uma *empresa de si*, os livros de autoajuda e o trabalho de *coach* (“treinador”) ganham destaque no mercado de trabalho: os sujeitos vivem em competição, uns contra os outros, fazendo com que os perdedores (“*losers*”) sejam considerados incompetentes e os únicos responsáveis pelo eventual fracasso. Além de um reforço ao individualismo, essa perspectiva de vida retira do Estado e das políticas econômicas de exclusão neoliberais qualquer responsabilidade pela “derrota” de cada “competidor”³⁸.

Controle extremo por parte do Estado jamais é desejado, sendo necessário reconhecer que os regimes totalitários (nazismo, fascismo e socialismo soviético) negaram a liberdade e a vida das pessoas gerando imensa tristeza. Mas, como acentuado por Franco Berardi, “também a economia liberal, com o culto do lucro e do sucesso, que se apresenta em forma caricatural mas persuasiva no discurso publicitário, acabou produzindo uma infelicidade de competição, de derrota e culpabilidade”³⁹.

O neoliberalismo promoveu uma brutal transformação no capitalismo e, conseqüentemente, nas sociedades ao redor do mundo, instituindo uma lógica normativa global, ou seja, uma forma de existência, de comportamento, de relacionamento com os outros e até mesmo consigo⁴⁰, fundada na ideia de mercado. A razão competitiva fez o *dever* de trabalhar (disciplina) se prorrogar no *poder* de superação dos limites. Para ilustrar, atualmente, é perceptível a tendência da empresa ser o lugar por excelência do desejo: trata-se do lugar onde o trabalhador faz os seus investimentos psíquicos e emocionais; não é mais apenas um lugar de investimento econômico. Desse modo, quanto mais trabalho, melhor. Após uma drástica deterioração das condições de proteção social, o desemprego imposto pelas novas tecnologias e a repressão violenta às ideologias emancipatórias (devastação social decorrente do hipercapitalismo), os trabalhadores absorveram a racionalidade neoliberal trocando a aversão ao trabalho pela adesão ao trabalho. O esvaziamento da alteridade (relação com o outro) e a falta de

³⁸ Ver: BRINKMANN, Svend. *Stand Firm: resisting the self-improvement craze*. Cambridge: Polity, 2017.

³⁹ BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade...*, p. 27.

⁴⁰ HAN, Byung-Chul. *La sociedad del cansancio*. Trad. Arantzazu Saratzaga Arregi. Barcelona: Herder, 2012. p. 27-28: “Con el fin de aumentar la productividad se sustituye el paradigma disciplinario por el de rendimiento, por el esquema positivo del poder hacer (*Können*), pues a partir de un nivel determinado de producción, la negatividad de la prohibición tiene un efecto bloqueante e impide un crecimiento ulterior. La positividad del poder es más eficiente que la negatividad del deber. De este modo, el inconsciente social pasa del deber al poder. El sujeto de rendimiento es más rápido y más productivo que el de obediencia. Sin embargo, el poder no anula el deber. El sujeto de rendimiento sigue disciplinado. Ya ha pasado por la fase disciplinaria. El poder eleva el nivel de productividad obtenida por la técnica disciplinaria, esto es, por el imperativa del deber. En relación con el incremento de productividad no se da ninguna ruptura entre el deber y el poder, sino una continuidad”.

amor também contribuem para esse esmero no trabalho e conseqüente busca e obtenção de gozo. Assim, a competitividade no trabalho pode ser mais uma fonte de gozo, apesar do cansaço.

A ausência de humanidade e prazer nas relações sociais é analisada por Franco Berardi, que vê a deterioração da qualidade de vida, do ponto de vista afetivo e psíquico (rarefação dos laços comunitários), compensada por um investimento de desejo no trabalho: “pode-se observar que uma conseqüência dessa desertização da vida diária é o investimento de desejo no trabalho, entendido como único lugar de confirmação narcisista para uma individualidade habituada a conceber o outro conforme as regras da competição, isto é, como um perigo, um empobrecimento, uma limitação, e não como uma experiência de prazer e enriquecimento”⁴¹. Não resta dúvida que, como no enredo do filme estadunidense *Nerve*, o novo sujeito está atrelado à competição e ao desempenho, vivendo como um jogador, cujo objetivo é vencer, obtendo fama e dinheiro, ainda que seja obrigado a abdicar da privacidade em face de um voyeurismo generalizado⁴².

Conforme sustentado, esses aspectos sociológicos decorrentes da racionalidade neoliberal interferirão em suas relações interpessoais e, por isso, devem ser analisadas no juízo de responsabilidade ética no âmbito da culpabilidade. Ela – a racionalidade neoliberal – coloca em operação técnicas e procedimentos para dirigir a conduta dos sujeitos: dispositivos de controle da população e de orientação das condutas. Não se resume, portanto, a uma ideologia ou a uma política econômica. É também um governo das condutas. Não há apenas outro regime de acumulação do capital, mas, outra sociedade e outro sujeito, com expansão da racionalidade de mercado a toda a existência, instituindo uma subjetividade contábil para além do mundo das finanças ou do mercado (*razão competitiva*).

Cada sujeito, ainda que fora do mercado de trabalho ou (sub)empregado, é uma *empresa de si*. “*Economics are the method. The object is to change the soul*” (“A economia é o método. O objetivo é mudar a alma”), exclamou a Primeira Ministra britânica, Margareth Thatcher, em 1º de Maio de 1981. Nessa forma de vida, governantes e governados estruturam e organizam as suas ações a partir de uma racionalidade caracterizada primordialmente pela concorrência como norma de conduta, onde os indivíduos devem se fortalecer para sobreviverem na competição, ainda que ao

⁴¹ BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade...*, p. 43.

⁴² SCHULMAN; Ariel; JOOST, Henry. *Nerve* [Filme-vídeo]. E.U.A. Paris Films, 2016. 157 min. color. son.

custo de toda alteridade. Deve haver uma melhora contínua do desempenho individual. Toda a atividade do indivíduo é dirigida à valorização do eu. Sujeitos reclusos passam a fazer de si mesmo o objeto de gozo sem qualquer relação com outra instância ou ordem externa. Enquanto “mestres de si mesmos”, os sujeitos que entronizam a racionalidade neoliberal deixam de ver qualquer reprovação em suas condutas, desde que elas estejam direcionadas ao cumprimento dos fins desse modelo político, econômico e social. O que importa é vencer aos outros e a si mesmo. Resta, assim, anulada ou diminuída sensivelmente qualquer noção de responsabilidade pelas próprias condutas desviantes (infrações penais), especialmente, em lugares com grande concentração de pessoas (metrópoles), onde o anonimato serve para o sujeito se desembaraçar de qualquer sentimento de culpa, remorso ou vergonha.

A concorrência entre indivíduos se torna um princípio universal no neoliberalismo. A lógica do capital se estende a todas as relações sociais – inclusive na sexualidade⁴³ – que passam a seguir uma competição generalizada. Há um imaginário onde desempenho e gozo aparecem indissociáveis, devendo ocorrer excesso e autossuperação sem limites. Gozar sempre mais e mais é o imperativo latente da racionalidade neoliberal.

Mesmo sendo um fracasso econômico, diante da maximização da exclusão social, e, por isso, não possuir legitimidade⁴⁴, o neoliberalismo consegue se autofortalecer por ser um sistema fechado, onde a democracia é esvaziada substancialmente, sem ser extinta formalmente. Como alertam Dardot e Laval, “além dos fatores sociológicos e políticos, os próprios móveis subjetivos da mobilização são enfraquecidos pelo sistema neoliberal: a ação coletiva se tornou mais difícil, porque os indivíduos são submetidos a um regime de concorrência em todos os níveis”⁴⁵. Essa norma de vida impõe uma competição generalizada, especialmente, entre as pessoas que vivem do trabalho, negando a alteridade do outro.

⁴³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 353: “As práticas sexuais, no imenso discurso ‘psicológico’ que hoje as analisa, estimula e enche de conselhos de todos os tipos, tornam-se exercícios pelos quais cada um de nós é levado a confrontar-se com a norma do desempenho socialmente exigido: número e duração das relações, qualidade e intensidade dos orgasmos, variedade e atributos dos parceiros, número e tipos de posições, estimulação e conservação da libido em todas as idades tornam-se objeto de pesquisas detalhadas e recomendações precisas”.

⁴⁴ SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 17. ed. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 176: “esse regime poderia pelo menos perder o atual domínio que exerce sobre as imaginações e sentimentos dos que estão embaixo [...] um regime que não oferece aos seres humanos motivos para ligarem uns para os outros não pode preservar sua legitimidade por muito tempo”.

⁴⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 9.

A publicidade consumista – incessante e onipresente – é outro fator que propulsiona a busca do impossível gozo último, do gozo total, ou que, pelo menos, serve de anestesia ao vazio existencial decorrente do hiperindividualismo⁴⁶. Os veículos de comunicação social bombardeiam os sujeitos com discursos publicitários e propagandas que fazem do “sucesso” o valor supremo, independentemente de quais sejam os meios para chegar até ele⁴⁷. Essa programação dos sujeitos para superação ilimitada de si mesmo e a precarização do trabalho impostas pelo neoliberalismo são fatores que concorrem contingencialmente para comportamentos excessivamente violentos e explicitamente delituosos. Por isso é importante indagar: é possível manter a “ordem pública” – para usar uma expressão cara ao eficientismo penal – incitando os sujeitos ao gozo ilimitado?

Nessa nova forma de capitalismo, o caráter, entendido como valor ético das nossas relações com os outros (alteridade), é corroído por um processo de mercantilização generalizada das relações sociais. A vida emocional fica à deriva a partir desse regime de concorrência generalizada⁴⁸. Há mutações subjetivas relevantes provocadas pelo neoliberalismo: egoísmo social e negação da solidariedade são marcas destacadas do novo sujeito nesse regime econômico.

Um sintoma inusitado do esvaziamento da alteridade e do *eu* figurando como fonte libidinal pode ser encontrado no Japão. Em matéria divulgada pela *Agence France Presse*, em junho de 2017, é informado que cerca de duas mil bonecas de silicone “equipadas com cabeça e vagina desmontáveis” são vendidas naquele país para homens que buscam “preencher o seu vazio”. Elas são denominadas de “bonecas do amor” (*rabu doru*, em japonês). Tais bonecas se tornam o “amor de suas vidas”: um amor claramente narcísico. Mesmo casados, esses sujeitos adquirem as bonecas, negando a alteridade feminina da esposa ou companheira, afirmando que “as mulheres japonesas tem o coração duro”. Curiosamente, os adeptos dessa forma de “amor” afirmam que as bonecas são “humanas” e que não as veem como objetos sexuais. Ora, tratando-se de

⁴⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal...*, p. 22: “o consumo funciona como *doping* ou como estímulo para a existência, às vezes, como paliativo, despiste em relação a tudo que não vai bem em nossa vida”.

⁴⁷ BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade...*, p. 28: “É mais do que sabido que o discurso publicitário se fundamenta na criação de modelos imaginários de felicidade com os quais os consumidores são convidados a se conformar. A publicidade é uma produção sistemática de ilusões e por isso também de desilusões de competição e derrota, de euforia e depressão”.

⁴⁸ SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter...*, p. 27: “o capitalismo de curto prazo corrói [...] sobretudo aquelas qualidades de caráter que ligam os seres humanos uns aos outros, e dão a cada um deles um senso de identidade sustentável”.

um narcisismo extremado, dizer que a boneca é um mero objeto sexual implicaria negação de si, ou seja, negação da subjetividade narcísica, razão pela qual esses sujeitos são obrigados a atribuir uma “dignidade humana” a esses objetos. Outro dado interessantíssimo da reportagem precisa ser destacado: o mercado dessa espécie de bonecas iniciou na década de 1970, quando elas eram infláveis e evoluindo, na década de 1980, para bonecas de silicone⁴⁹. Coincidentemente, a década de 1970 é o momento histórico em que o neoliberalismo dá os primeiros passos em escala global. Enfim, em um mundo “siliconado”, economicamente narcisista e perverso, nada mais interessante que se relacionar com uma boneca, evidenciando o esvaziamento da alteridade e a satisfação libidinal a partir do eu (*mesmidade*)⁵⁰.

Isso tudo traduz um definhamento das instituições e estruturas simbólicas onde os sujeitos se sustentavam antes da difusa racionalidade neoliberal. Tratando dessas brutais mutações do laço social, Dardot e Laval expõem:

“O cinismo, a mentira, o menosprezo, a aversão à arte e à cultura, o desleixo da linguagem e dos modos, a ignorância, a arrogância do dinheiro e a brutalidade da dominação valem como títulos para governar em nome apenas da ‘eficácia’. Quando o desempenho é o único critério de uma política, que importância tem o respeito à consciência e à liberdade de pensamento e expressão? Que importância tem o respeito às formas legais e aos procedimentos democráticos? A nova racionalidade promove seus próprios critérios de validação, que não têm mais nada a ver com os princípios morais e jurídicos da democracia liberal. Sendo uma racionalidade estritamente gerencial, vê as leis e as normas simplesmente como instrumentos cujo valor relativo depende exclusivamente da realização dos objetivos. Nesse sentido, não estamos lidando com um simples ‘desencantamento democrático’ passageiro, mas com uma mutação muito mais radical, cuja extensão é revelada, a sua maneira, pela dessimbolização que afeta a política”⁵¹.

Tais mutações promoverão o surgimento de novos sujeitos sociais e isso precisa ser analisado pela teoria da culpabilidade. Afinal, os sujeitos interiorizam a incerteza e a brutalidade da competição, agindo de um modo que afaste qualquer perspectiva de fracasso pessoal, sem que haja *responsabilidade pelo outro* (alteridade). Vergonha não será a condenação criminal, vergonha será uma vida fracassada, ou seja,

⁴⁹ MEHRI, Behouz. Japan: corps et âme pour un poupée de silicone. *Le Parisien*. Paris. Disponível em: <<http://www.leparisien.fr/insolite/japon-corps-et-ame-pour-une-poupee-de-silicone-30-06-2017-7100760.php>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

⁵⁰ A respeito do tema, ver: GIARD, Agnès. *Um désir d’Humain*: les “love doll” au Japon. Paris: Les Belles Letters, 2016.

⁵¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 382.

uma vida de baixo desempenho econômico na pobreza. O sentimento de culpa gerado pelo medo da perda do amor do outro, de que falava Freud, é totalmente corrompido: na racionalidade neoliberal o outro espera de mim uma vida de sucesso, e sucesso é vencer a qualquer preço, superando os limites individuais e até mesmo legais. Isso ajuda a compreender porque, apesar de todo o controle social atual, com um forte incremento do panóptico e um eficientismo penal, há tantas condutas desviantes vinculadas à acumulação de riqueza (corrupção, tráfico de drogas, lavagem de capitais, roubos e furtos a bancos, etc.). Cumpre registrar um alerta: não é defendida nesta crítica uma etiologia do crime; não se trata de refundar um positivismo criminológico, pois a indelével seletividade do sistema é reconhecida. Porém, contingencialmente, essas mutações do laço social interferem nas condutas humanas e representam um aspecto sociológico a ser inserido no debate a respeito da teoria da culpabilidade.

É visível no neoliberalismo a demolição dos vínculos éticos de alteridade: “a ideologia do sucesso do indivíduo ‘que não deve nada a ninguém’, a ideologia do *self-help*, destrói o vínculo social, na medida em que este repousa sobre deveres de reciprocidade para com o outro. Como manter juntos sujeitos que não devem nada a ninguém?”⁵² Nada é lei/*Lei* para ninguém em face da possibilidade e do imperativo de gozar sem limites, ficando os sujeitos sem gravidade⁵³. Dardot e Laval bem avaliam o sujeito neoliberal:

“Na verdade, a subjetivação neoliberal institui cada vez mais explicitamente uma relação de gozo obrigatório com todo outro indivíduo, uma relação que poderíamos chamar também de relação de *objetalização*. Nesse caso, não se trata simplesmente de transformar o outro em coisa – segundo um mecanismo de ‘reificação’ ou ‘coisificação’, para retomarmos um tema recorrente da Escola de Frankfurt –, mas de não poder mais conceder ao outro, nem a si mesmo enquanto outro, nada além de seu valor de gozo, isto é, sua capacidade de ‘render’ um *plus*. Assim definida, a objetalização apresenta-se sob um triplo registro: os sujeitos, por intermédio das técnicas gerenciais, provam seu ser enquanto ‘recurso humano’ consumido pelas empresas para a produção de lucro; submetidos à norma do desempenho, tomam uns aos outros, na diversidade de suas relações, por objetos que devem ser possuídos, moldados e transformados para melhor alcançar sua própria satisfação; alvo das técnicas de marketing, os sujeitos buscam no consumo das mercadorias um gozo último que se afasta enquanto eles se esfalfam para alcançá-lo”⁵⁴.

⁵² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 366

⁵³ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

⁵⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 371.

Mais dramático é ver sujeitos que não se submetem à tirania da racionalidade neoliberal, negando-se a participar da competição generalizada, serem tachados de fracos e perdedores, podendo gerar quadros depressivos e uma dopagem generalizada⁵⁵.

Aqueles que não querem participar do “condomínio neoliberal”⁵⁶ devem ser excluídos para a preservação de uma racionalidade que nega toda forma de amor, poesia ou emoção. Cultura, esportes e transcendências só devem existir se estiverem alinhadas com a racionalidade neoliberal, ou seja, se buscarem aumento dos lucros e dos rendimentos. Isso gera depressão. Afinal, nunca é possível chegar ao extremo sucesso/gozo em um lugar onde tudo que é feito pelo sujeito é insuficiente⁵⁷. A maximização das escolhas, corolário da exigência de maximização dos resultados (demanda social), diminui a satisfação nas ações de cada pessoa, já que há uma elevação do padrão e das expectativas, nunca se chegando a um grau de satisfação⁵⁸.

Nessa estrutura dessimbolizada, a alteridade – pensada a partir de Levinas e Dussel – não produz qualquer sentido aos neoliberais, embora ela seja uma contraconduta fundamental a ser ativada em face da racionalidade imperante. Sem a alteridade não será possível a construção de outras formas de subjetivação, ficando preservado o império do modelo da *empresa de si* e as formas brutais de violência típicas da era neoliberal. A concretização de uma nova subjetivação é tarefa que depende das lutas sociais, cabendo a cada um buscar a construção de novos caminhos negando a racionalidade neoliberal e afirmando a vida como fundamento de cada ação social. Outro mundo é possível!

⁵⁵ BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade...*, p. 58-59: “A depressão está intimamente ligada à ideologia da auto-realização e ao imperativo felicista [...] Quando o imperativo psicológico fundamental no consórcio social é o da competição econômica, podemos estar certos de que estão sendo produzidas as condições para uma depressão em massa”.

⁵⁶ DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma: uma psicopatologia do Brasil entre muros*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 68: “O condomínio, como enclave fortificado contra a pobreza, aproxima-se do que Milton Santos chamou de *pobreza incluída*, sinal de uma nova interpretação sobre a diferença social e a desigualdade. Não se trata mais de fazer desenvolver os atrasados, mas de localizar e conter o resíduo como pobreza estrutural globalizada”.

⁵⁷ FOLEY, Michael. *A Era da Loucura: como o mundo moderno tornou a felicidade uma meta (quase) impossível*. Trad. Eliana Rocha. São Paulo: Alaúde, 2011. p. 203: “A depressão é muitas vezes o destino da personalidade moderna – ambiciosa – faminta por atenção e ressentida, sempre convencida de merecer mais, sempre perseguida pela possibilidade de estar perdendo algo melhor, sempre sofrendo pela falta de reconhecimento e sempre insatisfeita. É preciso reencontrar a coragem e a humildade de Sísifo, que não exige recompensa, mas sabe transformar qualquer atividade em sua própria recompensa. Sísifo é feliz com o absurdo e a insignificância de seu ato de empurrar constantemente uma rocha montanha acima”.

⁵⁸ SCHWARTZ, Barry. *O paradoxo da escolha: por que mais é menos*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: A Girafa, 2007.

2. A violência institucional na era neoliberal

Além dos reflexos econômicos, o neoliberalismo também traz consequências marcantes na penalidade (práticas, instituições e discursos vinculados à pena criminal), exigindo do Legislativo o aumento do número de condutas delituosas e das penas cominadas, e, do Judiciário o crescimento do número de sujeitos encarcerados (aumento dramático da população prisional do país)⁵⁹.

Por sua vez, o Executivo promove alianças com a iniciativa privada para tornar a prisão um lugar rentável (lógica de mercado), explorando em muitos casos parcerias público-privadas e a força de trabalho dos presos, reintroduzindo trabalho não-qualificado em massa nas dependências dos presídios, sem qualquer pretensão – séria – correcionalista inerente às ideologias “re” (reeducação; ressocialização; reinserção). O cárcere na era neoliberal *à brasileira* mais se parece com um campo de concentração⁶⁰ – e em alguns casos de extermínio –, gerindo a periculosidade do outro (pobre/excluído) com técnicas de neutralização seletiva e preventiva. Segundo o ideário eficientista neoliberal, é nesse depósito industrial, nesse campo de aniquilação comunicativa, que devem ficar os dejetos sociais.

Esse quadro é uma decorrência da era neoliberal que, ao mesmo tempo em que estimula o consumismo e a busca incessante por um mais-gozar é incapaz de garantir trabalho e vida digna para todos, sendo necessário, portanto, a instituição de formas de controle social máximo dos excluídos⁶¹, que configuram a alteridade negada nesse modelo de sociedade excludente. As polícias, os tribunais e as prisões são elementos centrais que permitem ao *Leviathan* governar o espaço físico, encenando uma soberania já sequestrada pelo mercado que ele próprio sacraliza.

⁵⁹ MOURA, Tatiana Wately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2015. p. 15: “De acordo com os últimos dados coletados – junho de 2014 – a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990”.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09 set. 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 fev. 2016: “SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

⁶¹ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC-LedZe, 2012. p. 49-61.

Portanto, há umnexo entre o esvaziamento do *welfare state*, o livre mercado e a expansão da penalidade na era neoliberal, visando à *gestão disciplinar da pobreza* e a *tanatopolítica* (extermínio daqueles considerados indignos de vida).

2.1. Penalidade na era neoliberal: a gestão disciplinar da pobreza

Paralelamente à retração dos investimentos públicos na área dos direitos sociais, com a mitigação dos direitos trabalhistas, as frequentes reformas da previdência, o sucateamento da educação e da saúde, a era neoliberal promoveu uma expansão da penalidade, com o objetivo de controlar os “acionistas do nada”⁶² e estabelecer uma gestão disciplinar da pobreza, ludibriando os eleitores e os contribuintes incautos que veem no espetáculo do eficientismo penal uma ação política necessária ao bem-estar da população. Às práticas absenteístas no âmbito econômico são contrapostas práticas intervencionistas para amenizar a insegurança social decorrente do fim das políticas sociais. Cabe destacar que a retração do Estado ocorre apenas no campo social. Na esfera econômica e na esfera penal – repita-se – o Estado sofre uma reengenharia e se agiganta: de um lado, ele cria leis para garantir o desenvolvimento do livre mercado e o empreendimento neoliberal (pró-corporações e empresas), com privatizações e retirada de direitos sociais (pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano); por outro lado, há uma expansão da penalidade para maximizar o controle dos contingentes humanos excluídos da mínima dignidade pelas políticas econômicas neoliberais. Fica nítida a função de gestão e controle daqueles que Michelle Alexander denomina “despossuídos”. Não se trata mais de retribuição de culpabilidade ou prevenção – geral e especial – do crime⁶³.

Muito embora, em números totais, seja menos custoso encarcerar do que investir em cidadania, os verdadeiros propósitos neoliberais ficam mais evidentes quando se sabe que o custo para manutenção de um preso no Brasil é, em média, equivalente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais, valor muito mais elevado do que o

⁶² CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?*. Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

⁶³ ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: mass incarceration in the Age of Colorblindness*. New York-London: The New Press. 2010: p. 362: “The nature of the criminal justice system has changed. It is no longer concerned primarily with the prevention and punishment of crime, but rather with the management and control of the dispossessed”. Tradução livre: “A natureza do Sistema de Justiça Criminal mudou. Não se trata primariamente da prevenção e punição do crime, mas sim da gestão e do controle dos despossuídos”.

custo para manutenção de uma criança ou adolescente na rede pública de ensino⁶⁴, o que evidencia o real propósito do superencarceramento existente no país: disciplinar a pobreza (antes de exterminá-la se necessário for). Obviamente, ao invés de mitigar a insegurança social decorrente da dessocialização do trabalho assalariado, a racionalidade neoliberal exige o controle das “classes perigosas” que ela própria cria, identificadas com setores imersos na pobreza.

No Brasil, em face do esvaziamento do Estado no âmbito dos direitos sociais, decorrente do esgarçamento da rede de seguridade social e da privatização cada vez maior das suas funções, é contraposta uma teatral – com efeitos reais nefastos – força punitiva para justificar a existência da máquina administrativa, representada mais do que nunca como um *Leviathan* para “proteger o cidadão de bem” do ataque dos “lobos”, projetados na imagem do homem, jovem, afrodescendente, de baixa escolaridade e sem qualquer influência política, midiática ou financeira, que compõe a esmagadora maioria da população prisional no Brasil, segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional. O medo acaba sendo muito explorado por políticas performáticas de proteção, especialmente, da propriedade de si mesmo, figurando o Estado como um gestor da insegurança social⁶⁵.

Enfim, onde há neoliberalismo, há expansão do controle social e, especialmente, da prisão. Assim ocorreu nas sociedades pós-industriais do Ocidente, nas nações pós-autoritárias da América Latina e nos Estados-nação oriundos do bloco soviético, quando saíram da economia dirigida para a economia de mercado. Segundo Loïc Wacquant,

“o inchamento da instituição penal é um tijolo no edifício do Leviatã neoliberal. É por isso que ela está estritamente correlacionada, não à onda de ‘ansiedades ontológicas’ da ‘modernidade tardia’, mas às mudanças específicas de fortalecimento do mercado nas políticas econômicas e sociais que desencadearam a desigualdade de classe, aprofundaram a marginalidade urbana e alimentaram o ressentimento étnico, ao mesmo tempo em que erodiram a legitimidade dos formuladores de políticas”⁶⁶.

⁶⁴ BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial n. 8, de 5 de novembro de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, v. 153, n. 248, 6 nov. 2015. Seção I, p. 11. “Art. 1º. O valor *anual* mínimo nacional por aluno, na forma prevista no art. 4º, §§ 1º e 2º, e no art. 15, inciso IV, da Lei n. 11.494, de 2007, fica definido em R\$ 2.545,31 (dois mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e trinta e um centavos), para o exercício de 2015”.

⁶⁵ SAFATLE, Vladimir. *Circuito dos Afetos: corpos políticos, desamparo, fim do indivíduo*. São Paulo: Cosac Naify, 2015. p. 142: “é mais correto dizer que o Estado não se coloca como garantia da segurança, mas como gestor da insegurança social”.

⁶⁶ WACQUANT, Loïc. Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente. *Caderno CRH*. Trad. Renato Aguiar. Salvador, v. 25, n. 66, p. 505-518, set-dez/2012. p. 513.

Não se deve esquecer que, ao lado do biopoder ligado ao superencarceramento, no Brasil, é visível uma *tanatopolítica*, onde a juventude negra e pobre das periferias dos grandes centros urbanos fica exposta à ação letal de operações policiais militarizadas, naquilo que constitui a famigerada “guerra às drogas”⁶⁷.

Em geral, mídia, classe política e opinião pública – na correlação de forças microfísicas em rede – defendem univocamente uma penalidade expandida capaz de garantir “segurança pública”. Muitos tiram proveito econômico e político por meio desses discursos eficientistas. Essa cultura punitiva é explorada demagogicamente por

⁶⁷ Entre janeiro de 2010 e junho de 2012, apenas nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Santa Catarina, 2.882 (dois mil, oitocentos e oitenta e duas) pessoas foram mortas em ações registradas como “autos de resistência”, correspondendo a uma média superior a três execuções por dia. Fonte: http://www.seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2013/10/por-que-precisamos-do-pl-4471-pelo-fim-dos-autos-de-resistencia. O número oficial de mortos em alegados confrontos com policiais passou de 10 mil no Estado do Rio de Janeiro. Isso ocorreu em julho, 11 anos e 7 meses após a inclusão dos “autos de resistência” nas estatísticas divulgadas pela Secretaria de Segurança. De janeiro de 1998 a setembro de 2009 (último dado disponível), policiais civis e militares mataram 10.216 pessoas no Estado. A média é de 2,4 mortos por dia. Criado durante a ditadura militar, o registro policial de “resistência com morte do opositor - auto de resistência” só começou a ser divulgado no último ano do governo Marcello Alencar (PSDB). No início de seu mandato, em 1995, Alencar criou, por decreto, uma premiação em dinheiro para policiais por atos “de bravura”. A medida, conhecida como “gratificação faroeste”, estimulou mortes em supostos confrontos, apontou o estudo Letalidade da Ação Policial no Rio, do Instituto de Estudos da Religião. A pesquisa, encomendada pela Assembleia Legislativa e concluída no fim de 2007, mostrou que, desde a entrada em vigor da política de premiações, o número de mortos em ações policiais dobrou na capital fluminense, passando de 16 para 32 por mês, e o índice de letalidade subiu de 1,7 para 3,5 mortos por ferido. O estudo teve grande repercussão e isso forçou o governo a divulgar regularmente estatísticas sobre mortes em alegados confrontos, a partir de 1998. Em junho daquele ano, a Assembleia Legislativa suspendeu a “gratificação faroeste”. No entanto, os policiais promovidos ou premiados continuam recebendo os benefícios. O advogado Luiz Paulo Viveiros de Castro, que representou 600 policiais na Justiça, estima que cerca de 5 mil tenham sido gratificados, com aumentos de até 150% no salário. A série histórica disponível no Instituto de Segurança Pública (ISP) mostra que a média de mortos em alegados confrontos pulou de 1 por dia no último ano de Alencar para 3,3 por dia na gestão Sérgio Cabral. O atual governador do Rio é o campeão de autos de resistência: em 2007, foi registrado o maior número absoluto (1.330) e a maior taxa por 100 mil habitantes (8,2). Em junho daquele ano, operação policial no Complexo do Alemão resultou na morte de 19 pessoas. Procurada, a Secretaria de Segurança divulgou uma nota: “A solução é de médio e longo prazo, com a retomada de territórios com as UPPs (Unidades de Policiamento Pacificadoras) e o melhor controle sobre as armas que chegam ao Estado. A secretaria não abre mão de reprimir os traficantes.” A secretaria sustenta que “o caso do Rio é diferente”. “Os autos refletem uma antiga realidade do Estado e há pelo menos sete anos são elevados. Temos facções usando fuzis, armas de alta letalidade, que enfrentam a legalidade custe o que custar, inclusive arriscando a vida. A polícia é obrigada a agir neste contexto.” Apesar de São Paulo ter população 2,5 vezes maior do que a do Rio, o número de pessoas mortas pela polícia em território paulista é 40% menor do que na área fluminense, mostra levantamento feito pelo Estado com base nos últimos 10 anos. Entre 1998 e setembro de 2009, 6.195 pessoas não sobreviveram em supostos confrontos com homens das corporações Civil e Militar de São Paulo, frente as mais de 10 mil vítimas dos chamados auto de resistências no Estado do Rio. Mesmo assim, a letalidade policial de São Paulo não se enquadra em padrões ideais. Segundo avaliação do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (Cesec), da Universidade Candido Mendes, índices internacionais mostram que entre 3% e 4% do total de homicídios de um país pode estar concentrado nas mãos de policiais. Em São Paulo, este índice oscila entre 6% e 9%, bem menos do que os 25% registrados no Rio, mas longe do aceitável. Fonte: *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 09 de novembro de 2009, coluna Notícias. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,em-11-anos-rio-registra-10-mil-mortos-em-confrontos,463334,0.htm>.

todos, inclusive, por candidatos a cargos eletivos antes, durante e após as campanhas eleitorais, onde a segurança pública é estrela de quinta grandeza no rol das propostas e projetos, representando uma manobra politqueira⁶⁸. A política criminal se torna um espetáculo degradado: os políticos demagogos prometem segurança por meio do efficientismo penal. Mas, o cotidiano violento não é transformado, havendo apenas exploração eleitoreira (pura comunicação sem conteúdo)⁶⁹. O cidadão perde a esperança no Estado de Direito e clama pelo Estado de Polícia, verberando: “bandido bom é bandido morto”. Eis que surge a tanatopolítica como alternativa política de extermínio das *Unpersonen*, como diria Jakobs.

Essas ações constituem também estratégias ou técnicas de uma *governamentalidade*⁷⁰ para garantir a gestão disciplinar da pobreza em uma sociedade de alta complexidade que caracteriza a era neoliberal.

Como expõe Wacquant:

“o regime disciplinador do *workfare* e o regime penalizador do *prisonfare* supervisionam as mesmas populações despossuídas e desonradas, desestabilizadas pela dissolução do pacto fordista-keynesiano e concentradas nos bairros abandonados da cidade polarizada; e que a colocação das frações marginalizadas da classe trabalhadora pós-industrial sob severa tutela, guiada por um behaviorismo moral, propicia um cenário teatral fundamental, no qual as elites governantes podem projetar a autoridade do Estado e sustentar os déficits de legitimidade a que estão sujeitas, sempre que renunciam às suas missões estabelecidas de proteção social e econômica”⁷¹.

⁶⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 2010. p. 566: “A Política fica de olho nos meios de comunicação. Eleições são ganhas com clichês, a especificidade atrapalha na comunicação entre partidos e eleitores. Comunicar fatos complicados, apesar do aumento das possibilidades de informação, torna-se cada vez mais difícil. Uma vez introduzidos os clichês da realidade e da indústria cultural, através da opinião publicada, estes se tornam altamente atrativos para a Política. A criminalidade organizada torna-se um tema prioritário de campanha eleitoral e surge uma corrida de competição político-partidária em torno das mais sutis estratégias de combate. A cultura do Direito paga o preço pela aniquilação dos princípios jurídicos garantidores da liberdade”.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal...*, p. 24-25.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 143-144: “Por esta palavra, ‘governamentalidade’, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por ‘governamentalidade’ entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de ‘governo’ sobre todos os outros – soberania, disciplina – e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo [e, por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes”.

⁷¹ WACQUANT, Loïc. *Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente...*, p. 506.

Claramente a era neoliberal se caracteriza por uma profunda desigualdade socioeconômica e pela difusão de insegurança social. Por essa razão surge uma nova penalidade, caracterizada pela hipertrofia das formas de controle social da exterioridade negada, ou seja, da pobreza e dos inimigos em geral. A penalidade neoliberal tem a função política de selecionar aqueles que são considerados inimigos: geralmente, os pobres/excluídos, e, eventualmente, os adversários políticos. Mas, além de selecionar, é fundamental regular aquilo que Wacquant denomina *precariado* (frações precárias do proletariado pós-industrial). O Estado tem, pela via da retórica efficientista, a oportunidade de (re)construir a sua legitimidade perante a opinião pública, principalmente, em face da insegurança social, como Estado Penal:

“O núcleo do modelo causal passa do econômico ao social para a política penal da seguinte forma: (i) a desregulamentação econômica gera insegurança social ao pé das classes e escadas espaciais, (ii) para empurrar o precário trabalho assalariado para as frações não qualificadas da classe trabalhadora, o Estado também reduz a proteção do bem-estar, o que só intensifica instabilidades e distúrbios urbanos, reais e percebidos, (iii) para conter essas desordens, bem como para encurtar o déficit de legitimidade que sofrem devido ao retrocesso das funções de proteção do Estado, elites governantes implementam o Estado Penal”⁷².

Na era neoliberal a penalidade faz parte de uma batalha política onde a polícia, os tribunais e a prisão são instrumentos de supervisão da pobreza (exterioridade negada do capitalismo), fazendo um “jogo de cena” para sustentar uma soberania estatal que já não existe no plano econômico. Vale repetir: não se trata de usar a pena criminal para retribuir culpabilidade ou prevenir condutas ofensivas a bens jurídicos; o fundamental é neutralizar seletivamente os inimigos, geralmente, identificados como perigosos ou nocivos aos interesses da sociedade, estabelecendo uma relação bélica (forma aguda de negação da alteridade do outro) e a militarização da vida.

A racionalidade neoliberal, onde cada sujeito é uma *empresa de si*, substitui os discursos correccionalistas por discursos bélicos, promovendo um encarceramento em massa e o extermínio físico de pessoas excluídas da ordem neoliberal. É por isso que, materialmente, no âmbito da teoria da pena, o discurso de prevenção especial positiva (ressocialização), tão caro à ética do trabalho do modelo de sociedade fordista, fica esvaziado e é substituído por uma *neutralização seletiva e preventiva* dos sujeitos

⁷² WACQUANT, Loïc. A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos. *Sistema Penal e Violência*. Trad. Juliano Gomes de Carvalho. Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 265-273, jul-dez/2013. p. 269.

pertencentes às classes consideradas perigosas. Como diz Pavarini: “é a época do declínio miserável da ideologia reeducativa e da emergência e subsequente triunfo das políticas de controle social que se fundam sobre a fé nas práxis de neutralização seletiva, em tudo coerentes com a linguagem de guerra”⁷³. Nitidamente há uma escolha política por uma práxis de neutralização seletiva dirigida à dominação e ao controle social dos mais débeis na economia de mercado.

A exemplo do que ocorreu nas primeiras “casas de correção”, nos séculos XVI e XVII (*Bridewell*-Londres; *Rasphuis*-Amsterdan; *Hôpital général*-Paris), o objetivo é o combate à marginalidade urbana, com limpeza das ruas, para manutenção da ordem social e moral sobre os pobres perturbadores, disciplinando ainda mais a classe trabalhadora. Conforme sustentado por Wacquant: “a prisão, assim, retornou para a vanguarda institucional das sociedades avançadas como um veículo organizacional para gerenciar a marginalidade, afirmar a soberania, e reforçar a identidade – por via de focalização e banimento do subproletariado”⁷⁴.

Também vale destacar que não é possível fazer uma correlação entre o aumento da criminalidade e o crescimento da população prisional, já que não há informação a respeito da criminalidade real, ou seja, daquilo que faz parte da *cifra oculta da criminalidade*. Nas palavras de Pavarini:

“mais ou menos cárceres no mundo (um mais ou menos, repito, apreciável mais simbólica do que materialmente) não parece ter muito a ver com a criminalidade, com o ampliar-se ou restringir-se do universo de excluídos do trabalho, com as variações nas representações sociais da periculosidade nas grandes periferias do mundo; ou melhor, tem também a ver com tudo isso, mas no sentido de que, na presente contingência histórica, o aumento da criminalidade, a difusão da insegurança social, as práticas de exclusão impostas pelo mercado, os novos processos de mobilidade determinados pela globalização, a redução do estado social etc. são somente os elementos através dos quais – *in primis* na “capital” – se constrói, impõe-se e, afinal, difunde-se universalmente uma nova filosofia moral, um determinado ponto de vista sobre o bem e sobre o mal, sobre o lícito e sobre o ilícito, sobre o merecedor de inclusão ou de exclusão”⁷⁵.

Isso demonstra que as projeções otimistas dos neoliberais, construídas a partir da tese do “desemprego voluntário” e da aversão às políticas econômicas intervencionistas, estavam equivocadas e deixaram o mundo ao avesso, conforme a

⁷³ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos...*, p. 91.

⁷⁴ WACQUANT, Loïc. A penalidade neoliberal em ação..., p. 268-269.

⁷⁵ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos...*, p. 81.

crítica de Eduardo Galeano: “o mundo ao avesso gratifica o avesso: despreza a honestidade, castiga o trabalho, recompensa a falta de escrúpulos e alimenta o canibalismo. Seus mestres caluniam a natureza: a injustiça, dizem, é lei natural. Milton Friedman, um dos membros mais conceituados do corpo docente, fala da ‘taxa natural de desemprego’”⁷⁶.

A negação de investimentos sociais aumenta a distância entre os países ricos e pobres, e, no âmbito dos Estados, aumenta a distância entre pessoas ricas e pobres. Há deterioração das instalações públicas, a educação com qualidade é benefício exclusivo dos ricos, não se investe em pesquisa tecnológica, pessoas morrem nas filas dos hospitais, o espectro da fome se espalha entre a população, cujas precárias forças são usadas para sobreviver de modo afastado dos benefícios da cultura em sentido antropológico amplo⁷⁷.

A privação imposta aos excluídos pode conduzi-los à criminalidade e, concomitantemente, o medo pode levar aqueles que têm boa vida à intolerância e à perseguição⁷⁸. Essa desigualdade prova explosões de violência, fazendo emergir um “apartheid social”, com a proliferação de condomínios fechados, milícias e sistemas de vigilância para proteção dos poderosos⁷⁹. Esse medo tem raízes na economia neoliberal e produz fragmentação social e, conseqüentemente, isolamento, diminuindo o poder de reação, aumentando o controle social e negando a alteridade⁸⁰. Nos dizeres de Bauman, o confinamento espacial e o encarceramento sempre foram usados como técnica principal para lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Assim foi com os escravos, os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes. O isolamento é uma forma quase visceral e instintiva de reagir a qualquer diferença, em especial, àquela que não pode ser acomodada ou que não se deseja acomodar na rede habitual das relações sociais. Com isso, a alteridade é

⁷⁶ GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 8. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 5.

⁷⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

⁷⁸ YOUNG, Joek. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 11-13.

⁷⁹ HESPANHA, Pedro. *Mal-estar e risco social num mundo globalizado...*, p. 162.

⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 19-20: “Os medos tiveram início com a redução do controle estatal (a chamada *desregulamentação*) e suas conseqüências individualistas, no momento em que o parentesco entre homem e homem – aparentemente eterno, ou pelo menos presente desde tempo imemoriais –, assim, como os vínculos amigáveis estabelecidos dentro de uma comunidade ou de uma corporação, foi fragilizado ou até rompido [...] A dissolução da solidariedade representa o fim do universo no qual a modernidade sólida administrava o medo”.

anulada. A prisão é a forma mais radical de confinamento e ocupa o lugar de principal preocupação governamental da elite política na era neoliberal. “Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões”. No mundo neoliberal o isolamento é uma alternativa ao emprego, uma forma de neutralizar uma parcela considerável da população que não é útil ao mercado e para a qual não há trabalho para se reintegrar. Um exemplo disso é a prisão de Pelican Bay, projetada apenas para promover o máximo isolamento, desprovida de qualquer ambição disciplinar laboral. Trata-se de uma “fábrica de exclusão” ou de “imobilidade”⁸¹.

Porém, o que torna o quadro da neutralização seletiva na era neoliberal mais complexo é a sua ineficácia diante do grande número de agentes desviantes, fazendo com que alguns governos passem a apoiar (des)veladamente o emprego de políticas de morte (*tanatopolítica*).

2.2. Neoliberalismo e Tanatopolítica: da mão invisível à mão de ferro

Dentro dos idealismos do liberalismo econômico de Smith está a fábula da “mão invisível”: uma espécie de pensamento teológico em que se percebe um otimismo econômico mais ou menos ponderado, uma providência que ataria os interesses dispersos, diria Foucault⁸². Na realidade do mundo neoliberal, para além de qualquer idealismo ou obscurantismo, é empiricamente percebido que a não-intervenção do Estado em áreas sociais resultou na necessidade de uma “mão de ferro” que não é ideológica: trata-se de um mecanismo de neutralização seletiva por aprisionamento ou eliminação da vida de sujeitos indesejados para a ordem neoliberal.

Além de promover retração dos investimentos na área dos direitos sociais e a expansão da penalidade, estabelecendo a gestão disciplinar da pobreza, a biopolítica neoliberal desembocou em uma *tanatopolítica*, ou seja, uma política de extermínio por meio de ações de Estado que nega a vida – (in)útil – dos excluídos por meio do ferro

⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 114-126.

⁸² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica...*, p. 379: “... é essa espécie de mecânica bizarra que faz funcionar o *homo oeconomicus* como sujeito de interesse individual no interior de uma totalidade que lhe escapa, mas funda a racionalidade das suas opções egoístas [...]. A mão invisível de Adam Smith seria um pouco como o Deus Malebranche, cuja extensão inteligível seria povoada, não de linhas, de superfícies e de corpos, mas povoada de comerciantes, de mercados, de navios, de carroças e de grandes estradas. Por conseguinte, a ideia de que existe como que uma transparência essencial nesse mundo econômico e de que, se a totalidade do processo escapa a cada um dos homens econômicos, em compensação há um ponto em que o conjunto é quase totalmente transparente a uma espécie de olhar, o olhar de algém cuja mão invisível, segundo a lógica desse olhar e segundo o que esse olhar vê, ata os fios de todos esses interesses dispersos”

das grades ou das armas das polícias que são usadas para neutralizar seletivamente tudo aquilo que for prejudicial aos interesses do mercado. Essa análise crítica não significa demonizar os policiais, cujo trabalho é de grande relevância social. É necessário, no entanto, reconhecer que pobres (com farda) são impelidos a matar pobres (descamisados) para a manutenção da ordem e progresso do neoliberalismo. A vida dos pobres é capturada para ser ordenada, ficando garantido o controle dos tachados como perigosos.

A atualidade brasileira demonstra que grande parcela da opinião pública, pautada através da mídia, vê a vida dos sujeitos desviantes, marginais ou “bandidos” como indigna de ser vivida, e, por isso, esses sujeitos são matáveis, para garantia da vida do “cidadão de bem”⁸³. Eles representam a “vida nua”, de Walter Benjamin, ou o “*homo sacer*”, de Giorgio Agamben⁸⁴.

A objetivação biopolítica da vida humana promovida pela racionalidade neoliberal é evidente: o objetivo é a melhoria do desempenho social, mesmo que ao custo de vidas humanas. Eis o paradoxo do eficientismo penal: há uma evidente neurose obsessiva em torno da segurança, sendo que as ações promovidas em nome dela acabam gerando mais insegurança e violência descontrolada⁸⁵. Nessa “paleorepressão” ao crime, cujo maior exemplo é a “guerra às drogas”, a vida passa à condição de objeto útil de governo. Essa matança seletiva que ocorre nas periferias dos grandes centros, a exemplo da eugenia nazista⁸⁶, visa cuidar da vida dos melhores membros da sociedade (hierarquia funcional). Porém, agora, não se trata de um marco filosófico socialista: a

⁸³ PALACIO, Marta. Los derechos de los rostros. Derechos humanos, liberalismo y exclusión. *Revista de Ciencias Sociales*. Marcaibo, v. 12, n. 2, p. 379-389, ago/2006. p. 379: “A consecuencia de este proceso final del capitalismo tardío, mixturado con el liberalismo político, los derechos de los individuos quedan expuestos a la lógica del poder global, vulnerables a procesos jurídicos de exclusión ejecutados mediante la demarcación entre quienes son dignos de la ciudadanía y quiénes no. Los migrantes, los indocumentados, los pobres, los desocupados, las mujeres y los niños esclavos del tráfico sexual, son todos los rostros a quienes se les ha arrancado el título de ciudadanos y por ende la validez legal de los derechos humanos. Asumir estos planteos implica redefinir epistémicamente nuestro contexto latinoamericano y tomar un agenciamiento ético-político sobre nuestra vida social a partir considerar el rostro del otro/a como la norma utópica regulativa de la convivencia y de la distribución de los bienes”.

⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

⁸⁵ ESPOSITO, Roberto. *Immunitas: protección y negación de la vida*. Trad. Luciano P. Lopez. Buenos Aires: Amorrortu, 2009. p. 200-201: “... como por lo demás sucede en todo ámbito de los sistemas sociales contemporáneos, cada vez más neuroticamente obsesionados por el imperativo de la seguridad – es justamente la protección la que genera el riesgo del que pretende defender [...] Naturalmente, este proceso de potenciación recíproca entre riesgo y protección puede llevar a resultados incontrolables”.

⁸⁶ UEXKÜLL, Jacob von. *Staatsbiologie: Anatomie, Physiologie, Pathologie des Staates*. Berlin: Gebrüder Paetel. 1920.

racionalidade neoliberal visa à proteção do indivíduo que, enquanto *empresa de si*, não pode ser prejudicado pela ação nociva dos “vagabundos” (imunização).

Fica tudo reduzido a uma administração eficiente e lucrativa, inclusive, da vida humana. A alteridade, enquanto pensamento e prática contrários aos dispositivos de controle neoliberais⁸⁷, nessa perversão filosófica e barbárie política, é vista como patologia que não pode prosperar em uma sociedade que faz do *eu* um sujeito absoluto⁸⁸. A alteridade é imunizada pela afirmação normativa do indivíduo como *empresa de si*. O sujeito neoliberal não aceita qualquer *munus* em relação ao outro, somente o *bonus* de gozar em benefício próprio (projeto imunitário). Qualquer dimensão altruísta, produtora de uma relação comunitária de dever ou responsabilidade para com o outro, é esvaziada pela racionalidade neoliberal. Essa imunização (esvaziamento do dever para com o outro) imposta pela racionalidade neoliberal faz do direito um antídoto: cada um defende seus direitos contra os direitos do outro, sendo o direito um dispositivo imunitário, ou seja, que esvazia o dever de cada um para com o outro⁸⁹.

Nesse contexto de imunização entre os sujeitos, onde não há mais comunidade, apenas a violência garante os direitos. À violência do outro – que representa uma ameaça – é contraposta a violência do direito neoliberal, promovendo mais aprisionamentos e mortes pela via estatal. O desdobramento – inexorável – é mais

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinicius N. Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p. 40: “... chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”.

⁸⁸ ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: para uma sociedade sem tiranias..., p. 86: “apenas a filosofia da alteridade, enquanto ruptura da lógica do sujeito, poderá constituir a negação da tirania ou da ação que ignora o olhar do outro e, portanto, o comando”.

⁸⁹ ESPOSITO, Roberto. *Communitas: origen y destino de la comunidad*. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2003. p. 39-40: “El «inmune» no es simplemente distinto del «común»; es su contrario, que lo vacía hasta la extinción completa no sólo de sus efectos, sino de su presupuesto mismo. De igual manera, el proyecto «inmunitario» de la modernidad no se dirige sólo contra los específicos *munem* – obligaciones de clase, vínculos eclesiales, prestaciones gratuitas – que pesaban sobre los hombres en la fase precedente, sino contra la ley misma de su convivencia asociativa. El individuo moderno, que asigna un precio específico a cada prestación, ya no puede sostener la gratitud que requiere el don. El término «absolutismo» contiene también este significado de «decisión» violenta de las propias raíces. No es necesario hipotetizar ningún idilio comunitario previo, ninguna primitiva «sociedad orgánica» – que existe sólo en la *imagerie* romántica decimonónica –, para poner en evidencia que la modernidad se afirma separándose violentamente de un orden cuyos beneficios no parecen ya compensar los riesgos que comportan, como las dos caras indisolublemente unidas en el concepto bivalente de *munus*: don y obligación, beneficio y prestación, conjunción y amenaza. Los individuos modernos llegan a ser verdaderamente tales – es decir, perfectamente in-dividuos, individuos «absolutos», rodeados por unos límites que a la vez los aíslan y los protegen – sólo habiéndose liberado preventivamente de la «deuda» que los vincula mutuamente. En cuanto exentos, exonerados, dispensados de ese contacto que amenaza su identidad exponiéndolos al posible conflicto con su vecino. Al contagio de la relación”.

violência com o comprometimento da *humanitas*, conforme anunciava Freud em carta enviada a Einstein⁹⁰. Só assim o neoliberalismo pode se desenvolver.

As estratégias da racionalidade neoliberal, baseadas em uma funcionalidade utilitarista, fazem da vida humana um recurso objetivável para o bem da eficiência do mercado total (lucratividade), restando negada a alteridade do outro. E, sinistramente, pela racionalidade neoliberal, também deve ser negada a alteridade daquele que está em posição de rival no espaço da criminalidade: seguindo a lógica empresarial e sem perceber a conveniência desse tipo de conduta para o *establishment*, as organizações criminosas ou “facções” não deixam de eliminar a vida de quem pode prejudicar os lucros da sua atividade econômica, ampliando a força da tanatopolítica e “prestando um favor” àqueles que vociferam “bandido bom é bandido morto”! Mas, é importante frisar: será a “classe dos perigosos” a ser considerada uma classe constituída por pessoas irremediavelmente resistente ao controle e imune a qualquer esforço de melhoria, de modo que elas devem ser neutralizadas, sendo cogitada – sem pudor – a hipótese de extermínio físico.

Sendo a questão tratada como um defeito endêmico e fatal dos criminosos, passa-se à ideia de higiene política. O ódio que permeia os discursos bélicos contra a “classe dos perigosos” é difundido pela mídia e pela *internet* mobilizando uma grande parcela da população. Treinamento ideológico, propaganda e lavagem cerebral são, assim, necessários para a legitimação discursiva da tanatopolítica existente no Brasil.

A tanatopolítica despreza o direito à vida e faz da (in)segurança o alicerce para as suas ações violentas. Logicamente, isso é corolário da difusão do medo que, ao lado da racionalidade neoliberal, agudizam o isolamento dos sujeitos em sociedade. A difusão da insegurança faz a população compactuar com a tanatopolítica, de modo que a responsabilidade pelo extermínio da juventude pobre e negra das favelas não pode ser atribuída, exclusivamente, às polícias, malgrado sejam um grave problema social⁹¹.

Fica nítido que se trata de uma construção social para preservação dos interesses do capitalismo neoliberal. É construído um consenso alienante fundado no maniqueísmo para higienizar as cidades, domesticando, neutralizando ou eliminando – quando necessário – os excluídos da economia neoliberal. Com Foucault, é necessário

⁹⁰ EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Warum Krieg?* Ein briefwechsel. Paris: Internationales Institut für geistige Zusammenarbeit [Völkerbund], 1933.

⁹¹ CANO, Ignácio; LEMGRUBER, Julita; MUSIMECI, Leonarda. *Quem vigia os vigias*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 45: “a polícia deveria aplicar a lei e a transgredir, deveria proteger os cidadãos e os aterrorizar, deveria garantir direitos e sistematicamente os violar, deveria prover segurança e semeiar, ao contrário, pânico”.

reconhecer que “a raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização” e “a função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo”⁹².

Embora o crime seja um fenômeno social ubíquo, será nas periferias dos grandes centros urbanos – lugar onde vive o precariado – que a tanatopolítica será exercida sem qualquer constrangimento, sob o argumento de que lá o tráfico de drogas e outros crimes violentos acontecem em maior escala, ampliando a gestão de grupos de risco inerente à lógica atuarial⁹³.

A famigerada “guerra às drogas”, no Brasil, esconde o verdadeiro objetivo da tanatopolítica na era neoliberal: controlar e neutralizar os possíveis riscos advindos de agentes do precariado, visto como coletivo social, eliminando aqueles agentes considerados mais perigosos⁹⁴. Portanto, é uma política pública, na forma de razão de Estado, que propicia um massacre sistêmico, a partir de ações policiais militarizadas voltadas para o extermínio dos inimigos indignos de vida. Tudo é impessoal dentro dessa gestão do risco concretizada pela tanatopolítica, esvaziando a alteridade inerente às relações humanas, na confrontação com o *rosto do outro* levinasiano.

É explícito que as mudanças econômicas e sociais produzidas pelo neoliberalismo afetaram os sujeitos e as relações humanas, não podendo tais mediações serem menosprezadas ou desprezadas pela teoria da culpabilidade fundada na ética da alteridade, onde o humano é anterior à ontologia.

Para finalizar, cumpre salientar que, sob o prisma ético, essa tanatopolítica neoliberal é um sintoma do fracasso político das elites dominantes. Há uma corrupção generalizada, consistente na defesa dos interesses de uma classe e uma elite (negação da alteridade do outro) por meio das instituições do Sistema de Justiça Criminal (*potestas*),

⁹² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria E. Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 215.

⁹³ DIETER, Maurício Stegemann. *A Política Criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 20: “Em rápida síntese, entende-se por Política Criminal Atuarial o uso preferencial da lógica atuarial na fundamentação teórica e prática dos processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros. O objetivo do novo modelo é gerenciar grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é combater o crime – embora saiba se valer dos rótulos populistas, quando necessário – mas identificar e administrar segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluida possível”.

⁹⁴ ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica de extermínio dos inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 33: “De um lado, os mecanismos de poder que operam o disciplinamento daqueles que se resignam ao estatuto jurídico/político, naquilo definido por Foucault como mecanismos de dominação; do outro, o poder soberano na sua forma jurídico-política a decidir pela indignidade e pelo desvalor da vida matável dos criminosos resistentes ao estatuto jurídico”.

ou seja, é um exercício de poder fetichizado, como diria Dussel⁹⁵, sem se preocupar com o ponto de partida, o verdadeiro poder: a *potentia* (a comunidade política, o povo). Com a fetichização do poder, a ação dos governantes será pura dominação ilegítima. De qualquer modo, é inescandível que o *bloco histórico no poder* está em crise e já perdeu o consenso, sustentando-se apenas pelo uso da força coercitiva (violência institucional), tornando-se apenas uma força dominante⁹⁶, cujos dias estão contados.

⁹⁵ DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política...*, p. 28-29: “O poder político não se toma (como quando se diz: ‘Tentaremos por uma revolução a tomada do poder do Estado!’). O poder é tido sempre e somente pela comunidade política, o povo. Ele o tem sempre, embora seja debilitado, acossado, intimidado, de maneira a não poder se expressar. O que ostenta a pura força, a violência, o exercício do domínio despótico ou aparentemente legítimo (como na descrição do poder em M. Weber), é um poder fetichizado, desnaturado, espúrio, que, embora se chame poder, consiste, pelo contrário, em uma violência destruidora do político como tal – o totalitarismo é um tipo de exercício da força por meios não políticos, policiais ou quase-militares, que não pode despertar nos cidadãos a adesão consensual forte de vontades movidas por razões livres, que constitui propriamente o poder político”.

⁹⁶ DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política...*, p. 57: “Ao ‘bloco histórico no poder’ não resta, quando perdeu o consenso, senão ser a ação política como ‘força coercitiva’, e por isso de ‘hegemônica’ (com o consentimento do povo) torna-se ‘dominante’. A dominação como ação política, que se expressa como a mera força externa violenta monopolista (militar ou policial), manifesta a crise do ‘bloco histórico’ e o começo de seu final. A repressão antipopular é um sinal da perda de poder da instituição opressora”.

Capítulo 2

Teoria da Culpabilidade e Psicanálise: a ineficácia punitiva diante da racionalidade neoliberal

“Seul l’amour permet à la jouissance de condescendre au désir”. (Lacan)

Na tarefa de refundar a culpabilidade, com fundamento na alteridade, a psicanálise (localizada na exterioridade da totalidade racionalista) é uma fonte de conhecimento indispensável. Freud afirma que “quanto menos um homem conhece a respeito do passado e do presente, mais inseguro terá de mostrar-se seu juízo sobre o futuro”¹. O passado e o presente da teoria da culpabilidade são caracterizados por arquétipos racionalistas que negam a alteridade e deixam de dialogar com outras áreas do conhecimento.

No âmbito da culpabilidade, o tradicional dilema (in)determinista (*poder-agir-de-outro-modo*) se constituiu como eixo central, ficando a psicanálise relegada a poucos estudos sem reconhecimento pelos tribunais, restando novamente negada a alteridade. Por isso, a tradição positivista e ontologicista mantêm a teoria da culpabilidade na condição de uma ilusão, pois não trabalha as alterações promovidas na estrutura social pela racionalidade neoliberal², onde o psiquismo de um novo sujeito se transforma e busca um *mais gozar* em detrimento de qualquer *responsabilidade pelo outro* (Levinas).

Ninguém é capaz de negar – e Freud jamais o fez – que há um laço de solidariedade entre os sujeitos em sociedade e as suas condutas, colocando-os em posição de responsáveis por elas, ainda que exista no psiquismo humano o inconsciente. No entanto, há também uma imbricação entre a heterogeneidade do sujeito singular e a homogeneidade das massas, afetando – e não anulando – a responsabilidade de cada pessoa por seus atos em sociedade. Segundo Christian Hoffmann, “somos forçados a observar, como faz Freud, que todas as nossas instituições sociais são talhadas para pessoas com um eu unificado, normal, que se pode etiquetar de bom ou mal, que ou bem assume a sua função ou bem é excluído desta em função de uma influência excessivamente poderosa. Esta constatação é hoje extremamente atual num mundo em

¹ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Trad. José Octávio de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 9.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o Estrangeiro?. In: *Direito e Psicanálise: interseções a partir de ‘O Estrangeiro’*, de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69: “O Direito não tem salvação sem as luzes do discurso psicanalítico”.

que cada um é solicitado a tornar-se mestre de si mesmo”³. Por isso, em uma estrutura social onde cada sujeito é convidado a ser *mestre de si mesmo* ou uma *empresa de si*, competindo freneticamente por um *mais gozar* (racionalidade neoliberal), é necessária maior atenção por parte da teoria da culpabilidade.

1. Pensamento freudiano e alteridade: o sentimento de culpa e a renúncia ao instinto a partir do amor do outro

Na correlação entre amor e sentimento de culpa desenvolvida por Freud é possível deduzir que a renúncia ao instinto de destruição da vida ou de qualquer outro bem jurídico (agressividade) depende do fortalecimento do amor (*Eros*) – um amor sem concupiscência – frente à morte (*Thanatos*). A tradicional ameaça psicológica de castigo instituída pelas teorias preventivas da pena criminal⁴, limitada em sua extensão pela culpabilidade, não é capaz de promover a *renúncia ao instinto* em sujeitos que não sentem qualquer culpa pela violação a bens jurídicos, pois, nesses casos há negação do outro e uma busca por um *mais gozar*, imposta com maior rigor pela racionalidade neoliberal, a qual exige que o desejo seja transformado em gozo. Não pode haver recalque. Quando o outro deixa de ter qualquer sentido ou relevância em processos de reificação, os sujeitos atrelados à racionalidade neoliberal não sentem medo da perda do amor do outro, já que é o *mais gozar* o fim em si mesmo. É neste ponto que está a maior importância do pensamento freudiano para a construção de um novo fundamento material à culpabilidade vinculado à alteridade.

Na racionalidade neoliberal o gozo é colocado à frente da cautela e, embora não haja uma *causalidade necessária* entre a economia neoliberal e as estatísticas de homicídios⁵ e demais formas de violação da lei penal, há uma *causalidade*

³ HOFFMANN, Christian. “Eu” devo assumir a responsabilidade do inconsciente. *Ágora*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 41-46, jan-jun/2005, p. 44.

⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. (1847), §§ 12 e 13. p. 38, *apud* ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68: “se lesões do Direito devem (...), de qualquer modo, ser evitadas, então precisa existir, ao lado da coação psíquica, ainda uma outra que, partindo do Estado, precede a consumação da lesão do Direito e, em cada caso particular, produza eficácia, sem que seja, para isto, pressuposto o conhecimento da lesão agora iminente. Uma tal coação somente pode ser uma (coação) psicológica. O impulso sensorial [para comissão de uma infração] pode ser suprimido através disto, que cada um sabe, que ao seu fato seguirá um mal inevitável, que é maior do que o desprazer que resulta do não satisfeito impulso para o fato”.

⁵ CERQUEIRA, Daniel. *et al. Atlas da violência 2016*. Brasília: IPEA-FBSP, 2016. p. 6: “Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, em 2014 houve 59.627 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o

*contingencial*⁶: a busca por *mais gozar* imposta pela racionalidade neoliberal pode se constituir em causa de condutas que ignoram a alteridade do outro, devendo essa situação ser analisada no nível da culpabilidade. Afinal, desde a Psicologia Comportamental se reconhece o poder de *forças situacionais* ou *circunstanciais* que, embora não retirem do sujeito a capacidade de responsabilidade penal, são fatores que contribuem diretamente para a prática de violações a bens jurídicos. O poder das circunstâncias pode triunfar sobre o poder individual em contextos específicos. Por isso, é importante conhecer as matrizes política, econômica, religiosa, histórica e cultural⁷. A respeito da grande importância das circunstâncias (forças situacionais), Sam Sommers afirma que “somos mais influenciados por aqueles que nos cercam do que gostaríamos de acreditar”⁸.

A concorrência generalizada entre os indivíduos em todos os níveis – marca registrada da racionalidade neoliberal – elimina o reconhecimento do outro⁹. É por isso que a estrutura psíquica de sujeitos que entronizaram os princípios neoliberais os faz buscar o *mais gozar* por meio da satisfação de impulsos instintuais selvagens, ou seja, não domados pelo Eu, e que, por isso, são incomparavelmente mais fortes¹⁰. Na contramão dessa tendência, será o *sentimento de culpa*, desenvolvido pela cultura humanista inerente aos processos de civilização, que poderá produzir maior inibição da

maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011”.

⁶ MATTHEWS, Roger. Cultural Realism? *Crime Media Culture*. Colchester-UK, v. 10, p. 203-214, 2014. p. 212: “The aim is to move from descriptions and observations to causal explanations that involve the identification of the key mechanisms at work and to distinguish between necessary and contingent causes. Ultimately, the objective is to produce work that is not only critical but also useful and able to contribute more or less directly to the policy process”. Tradução livre: O objetivo é passar de descrições e observações para as explicações causais que envolvem a identificação dos principais mecanismos no trabalho e distinguir entre *causas necessárias* e *causas contingentes*. Em última análise, o objetivo é produzir um trabalho que não é apenas crítico, mas, também, útil e capaz de contribuir mais ou menos diretamente para a análise do processo de criminalização.

⁷ ZIMBARDO, Philip. *O efeito Lúcifer: como pessoas boas se tornam más*. Trad. Tiago N. Lima. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 15: “Uma compreensão completa da dinâmica do comportamento humano requer o reconhecimento da extensão e dos limites do *poder pessoal*, do *poder das circunstâncias* e do *poder sistêmico*”.

⁸ SOMMERS, Sam. *O poder das circunstâncias...*, p. 7.

⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo...*, p. 30: “O neoliberalismo é um sistema de normas que hoje estão profundamente inscritas nas práticas governamentais, nas políticas institucionais, nos estilos gerenciais. [...] Ele estende a lógica do mercado muito além das fronteiras estritas do mercado, em especial produzindo uma subjetividade ‘contábil’ pela criação de concorrência sistemática entre os indivíduos”. Em síntese, desde o Estado até o âmago da subjetividade, o neoliberalismo impõe a lógica de mercado como norma geral de atuação”.

¹⁰ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização...*, p. 34-35: “A sensação de felicidade ao satisfazer um impulso instintual selvagem, não domado pelo Eu, é incomparavelmente mais forte do que a obtida ao saciar um instinto domesticado”.

agressividade vista por Freud como uma “disposição de instinto original e autônoma do ser humano”¹¹. Para plena compreensão da importância do processo civilizatório no controle das manifestações instintuais é indispensável transcrever o pensamento freudiano:

“A agressividade é introjetada, internalizada, mas é propriamente mandada de volta para o lugar de onde veio, ou seja, é dirigida contra o próprio Eu. Lá é acolhida por uma parte do Eu que se contrapõe ao resto como Super-Eu, e que, como ‘consciência’, dispõe-se a exercer contra o Eu a mesma severa agressividade que o Eu gostaria de satisfazer em outros indivíduos. À tensão entre o rigoroso Super-Eu e o Eu a ela submetido chamamos *consciência de culpa*; ela se manifesta como necessidade de punição. A civilização controla então o perigoso prazer em agredir que tem o indivíduo, ao enfraquecê-lo, desarmá-lo e fazer com que seja vigiado por uma instância no seu interior, como por uma guarnição numa cidade conquistada”¹².

As mediações freudianas evidenciam que o *sentimento de culpa* depende diretamente da noção de *alteridade*. É do outro que advirá a definição do que seja o mal. Será a ameaça da perda do amor do outro que poderá dissuadir os sujeitos civilizados a não praticarem aquilo que é definido como mal. Para haver a renúncia ao prazer do ato que nega a alteridade do outro é indispensável, segundo Freud, o medo da perda do amor do outro. Esse medo será o fator preponderante das decisões de cada sujeito¹³. Embora essa linha de pensamento seja aparentemente incompatível com o estatuto ético da alteridade levinasiana, há entre eles a presença inafastável do amor do outro e é isso que liga a filosofia levinasiana à psicanálise freudiana.

Segundo Freud, o motivo para acolher a definição externa do que seja mal é o medo da perda do amor (desamparo e dependência dos outros): “o mal é aquilo devido ao qual alguém é ameaçado com a perda do amor, por medo dessa perda é preciso evitá-lo”¹⁴. Na era neoliberal, essa relação de alteridade dificilmente é percebida por sujeitos narcisistas, ou seja, por sujeitos que compreendem o próprio Eu como fonte libidinal. Para tais sujeitos, estimulados pelo modo de vida neoliberal, não há dependência em relação aos outros, a não ser que os outros sejam instrumentos para alcançar o gozo

¹¹ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização...*, p. 90.

¹² FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização...*, p. 92.

¹³ MILLER, Jacques-Alain. Entrevista concedida à *Psychologies Magazine*. Entrevistadora: Hanna Waar. out-2008: “Para amar, é necessário confessar sua falta e reconhecer que se tem necessidade do outro, que ele lhe falta. Os que creem ser completos sozinhos, ou querem ser, não sabem amar. E, às vezes, o constata dolorosamente. Manipulam, mexem os pauzinhos, mas do amor não conhecem nem o risco, nem as delícias”.

¹⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização...*, p. 94.

(reificação do sujeito). Essa autossuficiência impede ou dificulta sobremaneira o reconhecimento do outro, de modo que, neles, o sentimento de culpa é mais raro em relação às suas decisões. Enquanto essa tendência narcisista não for barrada pela ética da alteridade, pouco poderão fazer as políticas criminais para conter as condutas desviantes. É necessário reconhecer duas coisas fundamentais a partir da psicanálise: a participação do amor na gênese da consciência e a fatídica inevitabilidade do sentimento de culpa. Logo, é indispensável uma mudança ética, um afastamento da racionalidade neoliberal que estimula o narcisismo e a ausência de limites em relação ao gozo.

Em *Das Unbehagen in der Kultur (O mal-estar na civilização, 1930)*, Freud afirmou: “como a cultura obedece a um impulso erótico interno, que a faz unir os homens em uma massa intimamente ligada, só pode alcançar esse fim mediante um fortalecimento cada vez maior do sentimento de culpa”¹⁵. Sem ser pago esse preço do progresso cultural, ou seja, o *sentimento de culpa* que causa perda de felicidade plena, não haverá diminuição dos índices de criminalidade. Esse fator contingencial necessita ser apurado no nível da culpabilidade. A solidariedade enquanto laço que une os sujeitos em sociedade necessita de espaço, um espaço que é terminantemente negado e imunizado pela racionalidade neoliberal.

Para além de *Das Unbehagen in der Kultur*, outro texto de Freud que trata da relevância da alteridade no controle da agressividade humana é *Warum Krieg? (Por que a guerra?)*. Reconhecendo a importância da psicanálise, em 30 de julho de 1932, Albert Einstein, no âmbito do *Internationales Institut für Geistige Zusammenarbeit* (Instituto Internacional de Cooperação Intelectual – Liga das Nações), envia uma carta a Freud, buscando um franco intercâmbio de pontos de vista e indaga: “existe alguma forma de livrar a humanidade da ameaça da guerra?”. A resposta de Freud é enviada em setembro de 1932, ocasião em que ele trata do problema da violência sob o viés psicanalítico. No referido texto Freud destaca que, em uma situação de conflito extremo (violência bruta) a ideia de matar o inimigo pode parecer triplamente vantajosa, porque: a) neutraliza a hostilidade do inimigo; b) desestimula outros possíveis inimigos; c) satisfaz uma inclinação instintual de morte. Nesse contexto extremado, a preservação da vida do inimigo pode ocorrer se for mais vantajoso mantê-lo controlado ou amedrontado. A partir desse controle do inimigo, a sua vida e a sua força de trabalho podem ser utilizadas para a satisfação dos interesses do vencedor do conflito, mediante o emprego

¹⁵ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização...*, p. 105.

de técnicas disciplinares, algo estudado com profundidade por Michel Foucault¹⁶. Mas, a sua segurança será mitigada pela constante ameaça de vingança do vencido e de todos que se unam a ele contra a opressão. Será o desejo de vingança do *vencido-excluído-inimigo* social a fonte, em grande parte, da insegurança dos *vencedores-incluídos-cidadãos*. Embora a alteridade levinasiana negue qualquer política comunitarista, segundo Freud, somente com a constituição de uma hegemonia (união duradoura e constante de muitos) que a violência comunitária ganhará legitimidade sob a forma jurídica, ou seja, por meio do Direito, especialmente, o Direito Penal. Muito embora haja por parte de Freud um reconhecimento do Direito como símbolo de evolução civilizatória, ele não deixa de reconhecê-lo como forma de violência (*gewalt*) intelectual¹⁷, sendo lógico deduzir que não será a *reprovação* imposta pela culpabilidade normativa o fator a mitigar os comportamentos violentos por parte dos sujeitos em sociedade. Por óbvio, essa análise freudiana não é compatível com a ética da alteridade de Levinas, porque parte do *eu* para estabelecer uma via pacificadora. Será o interesse na autopreservação que estabelecerá uma responsabilidade pelo outro. É, por isso, uma forma egoísta de pensamento incompatível com o pensamento levinasiano. Mas, de qualquer modo, é inevitável concluir que não serão as práticas eficientistas responsáveis pela diminuição da violência ou agressividade dos sujeitos em sociedade. Eis o ponto! Apesar do maior rigor inerente às práticas do eficientismo penal a violência cresce, assim como a sensação de insegurança, notadamente por meio do bombardeio de informações advindas dos veículos de comunicação social. A *violência institucional*, representada pelas penas criminais e pelas execuções sumárias que ocorrem, geralmente, nas favelas dos grandes centros urbanos (tanatopolítica), é vista como solução dos conflitos de interesses entre os sujeitos; é a solução buscada pelo Estado para resolver o problema da violência da criminalidade, cujas raízes estão fincadas na *violência estrutural* (do modo de produção material da vida), ou seja, no capitalismo neoliberal. Então, o término de qualquer oposição decorrerá da eliminação perpétua

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhet. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 119: “A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeitos estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada”.

¹⁷ FREUD, Sigmund. *Obras Completas: O Mal-estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 422: “... o direito da comunidade se torna expressão das desiguais relações de poder em seu interior, as leis são feitas por e para os que dominam, reservando poucos direitos para os dominados”.

(neutralização) ou na dissuasão de possíveis opositores (intimidação) por meio da pena criminal (teorias da *prevenção especial negativa e prevenção geral negativa*, respectivamente). Para fazer frente à violência bruta (do crime), será buscada a violência intelectual (do direito) – uma das formas de *violência institucional* (do Estado) –. A lei ou o Direito Penal advindos da força comunitária estarão legitimados pelo poder hegemônico e buscarão manter a ordem, evitando rebeliões com o trabalho das autoridades instituídas para promoverem os atos de *violência institucional*. Porém, o equilíbrio e a harmonia dessa estrutura de poder permanecem dependentes de um *sentimento de pertencimento*: sentimentos comuns e vínculos emocionais entre os membros de um grupo de pessoas. Em um lugar onde cada um é uma *empresa de si* isso não ocorre e a ausência da alteridade no juízo de responsabilidade penal, ou seja, no âmbito da culpabilidade, é um fator que contingencialmente contribui para a expansão do ciclo de violência estatal, além de não possuir qualquer poder dissuasório em relação a novas condutas desviantes por parte dos sujeitos em sociedade.

Sem esse *sentimento de pertencimento* não haverá uma unidade maior capaz de manter o laço social e a “violência da criminalidade” não será suplantada, pois, não há a transferência de poder ou de violência que cada sujeito em sociedade conserva. Para a vida comunal é indispensável que cada sujeito abdique da sua força e da sua liberdade para praticar atos violentos, assumindo a responsabilidade que tem em relação ao outro (alteridade). Mas, a flagrante *seletividade* do Sistema de Justiça Criminal, com a correlata *criminalização desigual*, gera inquietação e ampliação do poder punitivo do Estado. Na maior parte dos casos, essa inquietação social é corolário da dominação (legal ou violenta), causando rebeldia social dos sujeitos oprimidos que buscam ultrapassar a justiça desigual, rumo à justiça igual. Historicamente se verifica que, para evitar a mudança real de poder e um novo sistema de leis, o poder hegemônico impede a evolução do direito em favor desses sujeitos oprimidos, recusando a mudança, dando lugar à rebelião e, nos casos extremos, à guerra civil, quando, então, haverá a suspensão das leis e o estado de exceção (forma legal daquilo que não pode ter forma legal) legitimará o uso da violência bélica (guerra).

Na tensão permanente entre os ideais de dominação e as aspirações dos rebeldes, não raro o emprego da *violência institucional* culmina na morte de inúmeras pessoas (tanatopolítica), evidenciando o caráter irracional e antiético dessa “guerra de conquista”: a) *irracional*, porque esquece que os seus resultados são, geralmente, de

curta duração: b) *antiético*, porque não se preocupa com a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade* (Dussel).

Então, a partir de Freud, é necessário dialogar com a *teoria dos instintos*, que nos apresenta as seguintes categorias instintuais: a) *instinto erótico (Eros)*: busca preservação e união; b) *instinto de morte (Thanatos)*: busca agressão e destruição. Algo passível de síntese na tensão entre *amor-ódio* ou *atração-repulsão*. A presença – maior ou menor – de *Eros* em cada uma das nossas ações é um dos fatores que compele alguns sujeitos mais facilmente à guerra. De nada vale, por exemplo, tentar eliminar as inclinações agressivas dos sujeitos através da pena privativa de liberdade, sendo ilusória qualquer política criminal punitivista como propalado pelo efficientismo penal. Há uma flagrante ineficácia antropológica das teorias da pena criminal. Apesar de não ser possível eliminar as inclinações agressivas dos sujeitos, por outro lado, é possível desviar os impulsos agressivos em um nível capaz de tornar dispensável a ideia de guerra. Como explicado por Freud, “se a disposição para a guerra é uma decorrência do instinto de destruição, então será natural recorrer, contra ela, ao antagonista desse instinto, a Eros. Tudo que produz laços emocionais entre as pessoas tem efeito contrário à guerra”¹⁸.

O estreitamento dos vínculos emocionais ocorre a partir do *amor* e da *identificação* (comunhão de sentimentos). Isso é capaz de aumentar a coesão social ou o *sentimento de pertencimento*, com reconhecimento do outro e diminuição dos instintos de morte, culminando naquela fase denominada de *civilização*, caracterizada pelo fortalecimento do intelecto (em detrimento do instinto). Qualquer discurso que trabalhe em favor da civilização, será um discurso inibidor dos instintos de morte e da guerra. O fracasso da pretensão de conquista por meios violentos é consequência da falta de coesão social ou *sentimento de pertencimento* entre os sujeitos que foram unidos pela violência. A força coercitiva da violência não é capaz de resolver a tensão permanente entre a dominação e a rebeldia. Só que essa constatação, como visto, não anula a possibilidade de uma transformação cultural por meios pacíficos, dentro daquilo que Freud chamou de civilização.

Por isso, não devem ser desenvolvidas políticas de controle social e um Direito Penal que nada mais representam que os interesses hegemônicos do capitalismo neoliberal, responsáveis pela negação da vida do outro. A autoridade unificadora, no plano filosófico, deve ser a *ética da alteridade* (Levinas), com o conteúdo antropológico

¹⁸ FREUD, Sigmund. *Obras Completas...*, p. 430.

trazido pela *ética da libertação* (Dussel). Com essas premissas é possível afirmar: sem a alteridade não haverá juízo ético no campo da culpabilidade capaz de dissuadir os comportamentos desviantes, sendo uma ilusão crer no eficientismo penal como garantia de maior segurança pública.

No contexto típico de sociedades que incorporaram os ideais neoliberais, dentre eles o eficientismo penal, qualquer ação estratégica que busque arrefecer o poder punitivo estatal é vista com extrema antipatia, pois pode enfraquecer o controle social tão indispensável à perpetuação do referido modelo econômico e à defesa dos interesses hegemônicos. Mas, é inegável que se está diante de uma grande ilusão: a segurança pública pela via punitiva.

A sensação de insegurança é manifesta e nunca foi tão ineficaz a ameaça penal entre os sujeitos das sociedades ocidentais. Com uma fé fundamentalista as pessoas em geral são devotas do eficientismo penal e exortam ao Direito Penal a solução de graves e complexos problemas sociais, especialmente aqueles vinculados à (in)segurança pública. Ocorre que, empiricamente, as funções da pena criminal – difundidas pelos discursos jurídicos oficiais – são uma ilusão! Não são verificadas na realidade. Elas derivam de desejos humanos, que se aproximam dos delírios psiquiátricos, embora deles divirjam estruturalmente, decorrentes da necessidade de proteção pela figura de um “pai salvador”. Com a dessimbolização e o enfraquecimento do laço com o Outro a figura paterna protetora passa a ser representada – inconscientemente – pelo Sistema de Justiça Criminal e seu centro gravitacional: a ameaça de prisão ou morte àqueles que geram medo no homem pós-moderno, mais desamparado do que nunca em tempos de razão neoliberal. Eis uma das raízes psicanalíticas para o eficientismo penal contar com o apoio da maior parte dos sujeitos – incluindo os desviantes, que neuroticamente negam essa própria condição, bastando observar as manifestações de pessoas corruptas contra a corrupção. É nesse ponto que a psicanálise se torna um campo do conhecimento capaz de promover mudanças no âmbito do Direito Penal e, por consequência, na culpabilidade e no juízo de responsabilidade penal ética decorrente da alteridade.

O processo civilizatório, caracterizado pela convivência em sociedade com distanciamento da condição animal, depende da regulação das relações humanas. Contrariando o pensamento abolicionista, essa regulação, por sua vez, depende da coerção penal para que haja uma *renúncia ao instinto* (aqui compreendido – o instinto – como gozo sem limite), embora tal coerção não seja a principal causa de preservação da civilização. Entretanto, é indispensável ressaltar: a principal razão para a renúncia ao

instinto e conseqüente preservação da civilização é a alteridade, a qual cria nos sujeitos a *responsabilidade por outrem* (Levinas) e o correlato *sentimento de culpa* (Freud). Também é necessário ressaltar que a coerção penal necessária para a renúncia ao instinto é fruto de um exercício arbitrário de poder, rodeada por discursos legitimadores, algo reconhecido por Freud¹⁹.

Por essas razões, reconhecendo a legitimidade dos movimentos anti-hegemônicos existentes no interior de cada sociedade e negando qualquer perspectiva política comunitarista, sem que os sujeitos se sintam pertencentes a essa sociedade ou comunidade e adiram aos seus ideais, sem negar a exterioridade excluída, não haverá *sentimento de culpa* e não haverá reconhecimento da alteridade do outro, ficando evidente que não será a legislação penal a causa eficiente de renúncia ao instinto. Tudo isso foi referendado por aqueles que sucederam Freud, especialmente no campo lacaniano, com ampliação da noção de alteridade.

2. A Alteridade do Outro e o campo lacaniano

Não há *sujeito* sem *outro*. O outro na psicanálise lacaniana pode ser: a) *o pequeno outro* (o semelhante, igual e rival, pertencente ao registro do *imaginário*); b) *o grande Outro* (manifestado nos sonhos, lapsos, sintomas e chistes, pertencente à ordem do *simbólico* e cujo discurso é o inconsciente); c) *o objeto 'a'* (é o outro pulsional no registro do *real*, a causa de desejo, o Outro do amor, e que condensa o gozo como objeto da pulsão); d) *o outro do laço social* (pessoas (des)conhecidas que o indivíduo se relaciona a partir de laços sociais); e) *o outro gozo-Heteros* (oferece a lógica do não-todo, a lógica da diferença enquanto diferença radical)²⁰. Para os fins da presente pesquisa, interessa particularmente três *outros*: *o pequeno outro*, *o grande Outro* e *o outro do laço social*.

2.1. O pequeno outro

Embora seja de difícil compreensão para o indivíduo tradicionalmente constituído na matriz cartesiana, é fundamental que o ator jurídico compreenda que o eu deve perder a ilusão de totalidade, a pretensão de síntese e a miragem da sua unidade,

¹⁹ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão...*, p. 11: “A civilização é algo que foi imposto a uma maioria resistente por uma minoria que compreendeu como obter a posse dos meios de poder e coerção”.

²⁰ Ver: QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 7-8.

constatando que é, antes de tudo, outro. Cada *eu* existe a partir do *outro*. Daí a importância de compreender que *não há sujeito sem outro*.

O *eu* e o *outro* se confundem. O *eu* pode ver o *outro* com admiração, no caso de um ídolo, por exemplo, ou, como um rival, quando, então, passará a ser visto com ódio ou com inveja, pois representará a figura de um intruso. O *pequeno outro* pode ocupar o lugar de *eu-ideal* com que o *eu* rivaliza. Neste caso, o *eu* e o *outro/eu-ideal* entram em uma disputa narcisista pelo reconhecimento mútuo e recíproco, sendo o *eu* uma ilusão de autoconsciência; é a instância de engano e do desconhecer, porque vê o mundo como um espelho que reflete seu ponto de vista, sua visão de mundo, vendo o *outro* como um reflexo de si mesmo. Quinet afirma: “o *outro* – pequeno outro – é o *eu ideal*: imagem desenhada e esculpida pelos significantes do *Outro* – aqueles que constituem o *Ideal do eu* que, na verdade, é o *Ideal do Outro* que Lacan escreve com o matema I(A). O sujeito passará a vida toda tentando se igualar ao *eu ideal*, tentando moldar seu *eu* à imagem e semelhança desse *eu ideal* que os pais – ou quem ocupe esse lugar – querem que ele seja, como, por exemplo, ‘inteligente’, ‘bacana’, ‘bem-sucedido’, ‘bonito’ etc., que são significantes que veiculam o desejo do *Outro* – grande Outro”²¹.

Sem antecipar conclusões, cabe frisar, aqui, que a compreensão dessa categoria (a *alteridade*) é fundamental para se perceber os riscos da difusão de uma linguagem constituída por significantes de violência ou desprezo aos demais sujeitos em sociedade, cujo teor passará a constituir um *Ideal do eu* violento, seguido pela constituição consequente de sujeitos intolerantes e violentos.

2.2. O grande Outro

O *grande Outro* é a alteridade do *eu consciente*, é o conjunto dos significantes que foram importantes para o sujeito em sua infância e até mesmo antes de ter nascido, quando lhe é escolhido um nome, definido um sexo, o pertencimento a uma determinada classe social com seus valores e preconceitos em uma determinada cultura.

É o lugar psíquico do discurso do inconsciente, onde se coloca para o sujeito a questão de sua existência, de seu sexo e de sua história. É a “Outra cena”, o “Outro palco”. De modo mais preciso, Quinet expõe:

²¹ QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan...*, p. 17.

“é um lugar simbólico, lugar dos significantes, onde as cadeias significantes do sujeito se articulam determinando o que o sujeito pensa, fala, sente e age. Nada do sujeito escapa ao Outro: sua mente e seu corpo, seus movimentos e seus atos. Seus sonhos e sua vigília. [...] O sujeito não tem uma identidade própria, ele é tão somente representado por significantes que se encontram nesse lugar psíquico que é o Outro, o qual pode ser chamado de ‘o Outro do significante’, ‘o Outro da linguagem’ ou ‘o Outro do simbólico’, ou, ainda, o tesouro ou conjunto de significantes”²².

Por isso é possível afirmar que o sujeito é indefinível, sempre deslizando de significante em significante pela linguagem que compõe o *grande Outro*. O sujeito inconsciente e o sujeito falante são, na realidade, sujeitos falados, divididos e assujeitados. Para Lacan, “o sujeito é aquilo que um significante representa para um outro significante”²³. Isso porque a identidade do sujeito falante é negativa, ou seja, vem do Outro (função simbólica). É a negatividade que constitui a identidade de qualquer sujeito. É essa alteridade que constitui o sujeito, que o constrói, que o fabrica. Segundo Lebrun: “o humano é um out(r)ônomo, um autônomo a partir do Outro”²⁴.

O *eu-ideal/outro* é constituído pelos ideais do *grande Outro*, ou seja, pelos significantes recalcados no inconsciente que foram ditados e exigidos que assim *eu* fosse por razões familiares ou sociológicas, por exemplo. Esses significantes são recalcados e constituem o *Ideal do Outro*, ou seja, o conjunto da linguagem daqueles que ocuparam para o sujeito o lugar do *grande Outro*. Será o *Ideal do eu* o lugar de onde o sujeito se enxergará amado. Conseqüentemente, o sujeito tentará se adequar aos significantes determinados pelo *grande Outro* pela via da identificação simbólica, fazendo o *eu* se moldar ao *eu-ideal*, percebido como *outro*, através da identificação imaginária²⁵. Entretanto, para o indivíduo se apropriar dos significantes e exercer uma função de sujeito na ordem simbólica é necessária a inclusão do significante *Nome-do-Pai* no *grande Outro*²⁶. É a *Lei*: um significante estruturador de todos os significantes que constituem o inconsciente como discurso do *grande Outro*. Ele proíbe a mãe de usar a criança como seu objeto, demonstrando a ela que a mãe também está submetida a

²² QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan...*, p. 20-22.

²³ LACAN, Jacques. *O Seminário. Livro 17: o avesso da psicanálise (1969-1970)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 11.

²⁴ LEBRUN, Jean-Pierre. *Perversão Comum: viver juntos sem o outro*. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 62-63.

²⁵ QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan...*, p. 25-26.

²⁶ BARROS, Fernando Otoni de. *Do Direito ao Pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 94: “falar de Édipo é introduzir como essencial a função do pai na ordenação das relações dos sujeitos com a moral, ou seja, na formação do supereu, em relação à realidade e as suas identificações, ou seja, o seu Ideal do Eu”.

uma lei. Essa operação de instauração da *Lei simbólica* implica renúncia ao excesso de gozo. Cumpre salientar que, na sociedade neoliberal, a estruturação dos laços sociais se dá de modo diverso: a verticalidade não é mais a orientação libidinal, havendo a perda da bússola (hierarquia paterna), com efeitos devastadores à renúncia ao instinto e à alteridade do outro. Como observa Forbes, “o homem desbussolado desconhece, cada vez mais, o real da estrutura que o determina”²⁷. O laço social não fica incólume a sua contínua horizontalização e os sujeitos, não reconhecendo a hierarquia paterna, passam a ter sintomas de destruição: violência, toxicofilias e depressão, por exemplo. Há um pós-moralismo em que o indivíduo decide tudo a partir de si, negando a existência de um outro, sem sentir qualquer culpa ou vergonha capazes de gerar um medo da perda do amor do outro.

Ao ser concretizada a introdução do significante *Nome-do-Pai* no lugar do *grande Outro* será barrado o acesso do sujeito ao gozo, não podendo, assim, ocupar o lugar de objeto do gozo do *grande Outro*. Por isso, o *grande Outro* se tornará o lugar da *Lei*. Sem a *Lei* o homem fica desorientado, sem referência, e, conseqüentemente, sem razões para se envergonhar (sentimento de culpa) ou se orgulhar (sentimento de pertencimento). Trata-se do que Freud chamou de *castração*, sendo instaurada uma falta, tornando o *grande Outro* inconsistente ou “furado”, sempre carente de um significante último que lhe dê um sentido último à vida, à história e às questões do sujeito. Isso é bom, porque essa inconsistência do *grande Outro* torna possível ao sujeito se desalienar, separando o indivíduo dele e afastando qualquer pretensão de certeza (não há garantia nenhuma de nada). Por isso, em face dessa ausência de totalidade, entendem os psicanalistas que esse furo existente no *grande Outro* possibilita a desalienação do sujeito que deixa de ser um elemento do *grande Outro*, afastando qualquer alibi dele por conta das conseqüências de suas ações²⁸. Forbes afirma que “a responsabilidade pelo inconsciente é o melhor tratamento que podemos dar ao laço social humano, especialmente, em uma época como a nossa, do declínio da função paterna”²⁹. Essa perspectiva em relação ao inconsciente nega qualquer determinismo e reativa um Direito Penal da culpabilidade ética, sem desprezar os efeitos deletérios de uma economia psíquica preponderantemente materna, ou seja, um lugar onde há o declínio da função/hierarquia paterna.

²⁷ FORBES, Jorge. *Inconsciente e responsabilidade: psicanálise do século XXI*. Barueri: Manole, 2012. p. XXIV.

²⁸ QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan...*, p. 28-31.

²⁹ FORBES, Jorge. *Inconsciente e responsabilidade...*, p. 6.

2.3. O outro do laço social e o discurso capitalista

O laço social é constituído por lugares e relações entre indivíduos predeterminados em nossa sociedade. O vínculo do laço social se dá entre um *agente* (a lei, o saber, o sintoma e o *objeto 'a'*) e um *outro* (a relação senhor-escravo, professor-aluno, médico-histérica e analista-analisante) que ocupam lugares assimétricos. Logo, para haver laço social não existe *um-sem-outro*. Isso é construído e transmitido de geração em geração aos *agentes* e aos *outros*, garantindo a manutenção dos laços sociais, havendo a criação de regras de conduta com finalidades específicas. Com o estabelecimento de maneiras de convívio, há o esvaziamento de gozo. Sem isso, há uma inclinação do indivíduo tratar o *outro* como seu objeto de gozo (negação da alteridade do outro), saciando suas pulsões eróticas e de morte; seria o fim daquilo que Freud chamou de civilização. Os *discursos* (enquanto forma de linguagem) limitam e enquadram o gozo. Trata-se dos seguintes discursos: a) o *discurso do mestre* (senhor ou amo e escravo); b) o *discurso universitário* (professor e aluno); c) o *discurso da histórica* (histérica e médico); d) o *discurso do analista* (analista e analisante); e) o *discurso do capitalista* (mercadoria e consumidor). Para cada discurso há uma *dominante* (elemento que determina e transforma todos os *outros* do discurso), que é, respectivamente, a *lei*, o *saber*, o *sintoma*, o *mais-de-gozar*, o *capital*³⁰.

Especialmente em relação ao *discurso do capitalista*, cujo *dominante* é o *capital*, o *outro* não é nítido. Esse discurso não propõe o laço social do sujeito com o *outro*, mas, tão somente, um laço com um objeto (*a*) fabricado pelo saber da ciência e da tecnologia, havendo a redução do sujeito à condição de mero consumidor, enquanto que o *objeto causa* de seu desejo pode ser uma coisa qualquer, por exemplo, um *gadget* (dispositivos eletrônicos portáteis como PDAs, celulares, smartphones, leitores de MP3, entre outros). Nessa estrutura discursiva o *significante-mestre/poder* (S¹) – discurso do mestre ou do inconsciente – é o capital, e o *saber* (S²) – discurso da universidade – é a ciência e a tecnologia. Desse modo, não haverá um laço social entre os seres humanos, apenas uma relação entre o sujeito e o seu *gadget* (objeto de consumo curto e rápido). Serão as geringonças eletrônicas que constituirão a economia do desejo do *grande Outro* e que estimularão a ilusão de completude não mais com uma pessoa, e sim com

³⁰ QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan...*, p. 46-54.

um parceiro (des)conectável com apenas um clique. Talvez isso explique o sucesso das redes sociais: a facilidade de (des)fazer “amizades”, por exemplo.

Antonio Quinet discorre a respeito da sociedade regida pelo *discurso capitalista* nos seguintes termos:

“A sociedade regida pelo discurso capitalista se nutre pela fabricação da falta de gozo, ela produz sujeitos insaciáveis que, em sua demanda de consumo, nunca conseguem comprar tudo o que supostamente desejam. Promove assim uma nova economia libidinal. Por outro lado, ao colocar a mais-valia no lugar da causa do desejo – fazer querer ganhar sempre mais –, essa sociedade transforma cada um num explorador em potencial de seu semelhante para dele obter um lucro de um sobretrabalho não contabilizado e querer tirar vantagem em tudo. Vale tudo para fazer consumir cada vez mais os objetos produzidos pelo capitalismo científico-tecnológico”³¹.

Enfim, esse *discurso capitalista* constituirá um sujeito estimulado pelo desejo capitalista, interpretando a sua falta estrutural (“*falta-a-ser*”) como “falta-a-ser-rico”, enquanto que a “*falta-de-gozo*” se inscreverá como “falta-a-ter-dinheiro”. O resultado disso será uma produção sem limites de sujeitos que farão qualquer coisa – inclusive atos violentos contra a pessoa – para ter aquilo que é necessário *ter* para *ser* em nossa sociedade de consumo, sendo sabido que a economia neoliberal – segregadora – não comporta a inclusão total de sujeitos desejosos desse nível de consumo, razão pela qual esses sujeitos – segregados – necessariamente deverão ser neutralizados pela lei penal ou pelo fuzil do Estado burguês, tudo para o bem da “ordem e progresso”, reproduzindo um ciclo de violência.

2.4. Interseção: racionalidade neoliberal e violência no Brasil

A racionalidade neoliberal faz os indivíduos entronizarem os significantes de violência que constituem a linguagem do consumismo na era neoliberal. A população em geral, vivendo em uma condição socioeconômica semelhante àquela da “classe dos perigosos”, parece querer eliminar esse *pequeno outro* que não corresponde à imagem adequada construída pelo *Ideal do Eu* (Ideal do Outro) na era neoliberal. Emerge, assim, o desejo geral de neutralizar (prendendo em masmorras do sistema carcerário ou matando) esse *pequeno outro* (excluído).

³¹ QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan...*, p. 57.

A imagem da criminalidade, distorcida pelo ideário neoliberal, faz da intolerância com os “bandidos” um *Ideal do Eu*. Todo aquele que defender qualquer alteridade em relação a essas pessoas, classificadas como representantes do “mal”, deve ser excluído também. O *eu-ideal* nessa estrutura é o “mocinho” que aniquila o “bandido”. Afinal, o desejo do *Ideal do Eu* nessa linguagem higienista é preservar a beleza do “jardim” e atacar as “ervas daninhas” que a criminalidade representa. Uma lógica estética – e por isso narcisista – que não consegue – ou não quer – resolver os problemas sociais.

Nessa estrutura linguística ou cultural que compõe a racionalidade neoliberal³², significantes éticos não conseguem penetrar, não fazendo qualquer sentido a Constituição da República, os tratados internacionais de Direitos Humanos ou as leis em geral (elementos do Estado Democrático de Direito) para “mocinhos” e “bandidos”. Nem a lei, como forma de *Lei*, segura esses sujeitos da modernidade líquida que vivem na perversão comum. “Mocinhos” e “bandidos” precisam gozar, e, neutralizar ou eliminar o outro/excluído pode ser uma boa forma de gozar.

Nessa estrutura, a sociedade civil endossa o uso da violência institucional, desde que ela se limite geograficamente aos territórios das favelas ou comunidades. O problema parece surgir apenas quando essa truculência atinge – ainda que com “bala de borracha” – qualquer membro da classe média que tente usufruir dos seus direitos fundamentais de livre associação e expressão do pensamento.

A ostentação da riqueza na sociedade de consumo (forma de gozo), com suas roupas de grife e seus carros de luxo, por exemplo, torna-se uma necessidade para os sujeitos iludidos pela imagem, sejam eles ricos ou pobres. Para os ricos não há problema (além da depressão ludibriada por pílulas de uso (des)controlado e álcool); mas, para a juventude pobre, não: esses indivíduos pobres devem mesmo é “pegar no cabo da enxada” ou entrar no ônibus ou trem lotados para receber ao final do mês uma renda incapaz de lhes garantir o mínimo existencial e torcer para que o seu bilhete da loteria – só se for da Caixa Econômica Federal – seja sorteado ou, ainda, que exista um lugar especial para eles reservado no “Reino dos Céus”. Ocorre que, na era consumista não se deve renunciar ao gozo, sob pena de não ser reconhecido pelo *Ideal do Eu*. Isso configura uma transição da *ética do trabalho* para a *ética do consumo*, como observado por Bauman: “recordemos que a preocupação com a aquisição dos bens e serviços que

³² SOMMERS, Sam. *O poder das circunstâncias...*, p. 91: “... temos um processo por meio do qual nossos pensamentos e ações são drasticamente moldados por aqueles que nos rodeiam, mas em que outras pessoas tenham de exercer qualquer tipo de influência direta”.

se podem obter só mediante o mercado tomou o lugar que antes ocupava a ‘ética do trabalho’ (aquela pressão normativa de buscar o significado da vida, e a identidade do eu, no papel que cada um desempenha na produção, e na excelência do desempenho desse papel que se demonstra com uma carreira exitosa)”³³. E, paradoxalmente, apesar dessa imposição de mais gozar da racionalidade neoliberal, surge a lei penal e o fuzil do Estado burguês querendo neutralizar, especialmente, as pulsões da juventude iludida pela imagem da propaganda, desejando ostentar riqueza para servir ao *eu ideal*, rejeitando a negatividade e desprezando a *transcendência*.

3. Perversão Comum e os perigos de um mundo sem limites

O psiquiatra e psicanalista belga Jean-Pierre Lebrun defende que estamos vivendo uma era marcada pela grande mutação do laço social, onde há desarticulação e esfacelamento das relações entre o sujeito singular e o social coletivo. A partir dessas mudanças na vida coletiva, o psiquismo dos sujeitos singulares também muda, ocorrendo a *perversão comum*: uma pseudoperversão, típica do *neossujeito*³⁴, fruto da ausência de confronto com o *regime paterno* (declínio da função/hierarquia paterna)³⁵. Esse *neossujeito* se dirige ao mundo sem abrir mão da satisfação, buscando-a onde as leis e o discurso comum indicam que ela – a satisfação – está proibida. Ele busca prazer na violação da lei. Não há compromisso com o outro. Resta saber até que ponto o laço social é atacado pela lógica neoliberal e quais são as suas consequências no âmbito da culpabilidade, sem que isso implique irresponsabilidade dos sujeitos desviantes.

O homem é o ser da linguagem e da fala. O *sujeito é sujeito do inconsciente*. Porém, o inconsciente, além de individual, é determinado também pelo *social*. Por isso, é dividido ou barrado, nunca sendo pleno. A força do social é, e sempre foi, parte interessada na evolução de um sujeito, sendo que a construção do inconsciente não é só familiar, decorrendo – também – do social³⁶. Dessa forma, a identidade do sujeito se assujeita ao significante do *grande Outro* (*lugar de exceção*), sendo sempre negativa, pois a sua construção impõe *perda, castração e subtração de gozo*. Em síntese, o

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Libertad*. Trad. Antonio Bonnano. Buenos Aires: Losada, 2007. p. 186.

³⁴ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 215-233.

³⁵ FORBES, Jorge. *Inconsciente e responsabilidade...*, p. 29: “Desde os anos 1950 e 1960, felicidade, bem-estar e sucesso passaram a ser exaltados no lugar dos imperativos de sacrifícios e abnegação”.

³⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 237.

processo de humanização (construção da subjetividade) depende do confronto com o *grande Outro*, com a *negatividade*.

No *processo de subjetivação*, somos aquilo que vem do *grande Outro*; é o *grande Outro* que nos faz ser o que somos³⁷. A civilização ocidental foi construída sobre os pilares da religiosidade, cujos fundamentos eram teológicos e a autoridade, portanto, transcendental, tendo imprimido dessa forma a sua legitimidade. Essa *autoridade transcendente* representava o *vazio do simbólico*, a *não-reciprocidade*, a *verticalidade*. Porém, a ciência e a secularização, presentes no fim do medievo e otimizadas na atualidade, abalaram as estruturas dessa forma de poder, gerando uma crise de fundamento ou, na expressão de Lebrun, a *crise da legitimidade*, que abre as portas para a modernidade, culminando na substituição da *religião teológica* e do *patriarcado (pacto simbólico)* pela *nova economia psíquica*: uma economia onde prevalece o regime da *metonímia* (materno), em detrimento do regime da *metáfora* (paterno), responsável pela fissura, pela falha que promove o encontro da *alteridade*³⁸. Essa *nova economia psíquica* se desfaz da alteridade, pois é o *pai* (S¹) que institui a alteridade, ele é o “primeiro estranho”: outro que a mãe³⁹. Mas, é preciso que o social homologue essa estrutura existente no recinto privado. Ninguém é pai por decreto. Nas palavras de Lebrun, “a sociedade deve estar congruente com aquele que sustenta o lugar ao intervir como pai real tanto em relação à criança quanto em relação à mãe”⁴⁰. E, nos dias atuais, isso não ocorre em muitos casos. Nos dias atuais, não será mais a religiosidade ou o patriarcado, por exemplo, que tratarão de organizar o *laço social* no mundo secularizado da hipermodernidade ou da pós-modernidade. Tal organização, agora, é feita pela *lei do mercado (o discurso capitalista)*, de matriz materna (com possibilidade de satisfação ilimitada do gozo). Não se abre espaço para a *transcendência* ou para qualquer autoridade⁴¹. Esse declínio do pai simbólico dificulta a intervenção do pai real. Transcrevendo Lebrun: “estaríamos de agora em diante numa

³⁷ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 52-53.

³⁸ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade...*, p. 96.

³⁹ LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite*: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004. p. 27: “a mãe é esse outro mesmo de que será preciso que a criança se separe para se tornar sujeito e, nesse trajeto, é atribuído ao pai, esse outro outro, vir fazer contrapeso”.

⁴⁰ LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite...*, p. 43.

⁴¹ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 106: “O neoliberalismo econômico cumpre o trajeto preparado pelo discurso da ciência e pelo deslizamento da democracia ao democratismo, do lugar do poder como lugar vazio ao lugar do poder como suscetível de ser ocupado por cada um. Da instituição à ausência de instituição. Da heteronomia à emancipação, liberando-se de toda dívida para com o Outro”.

economia coletiva perversa, outra maneira de dizer que a negatividade não tem mais seu lugar reconhecido como constitutivo da vida coletiva”⁴².

Com essa horizontalidade das relações em face da *religião do mercado*, ou seja, com o declínio da função/hierarquia paterna, ocorre a emancipação da *transcendência*, sendo essa racionalidade do mercado uma das principais características da modernidade⁴³. Assim, fica delineada a *crise da legitimação* da autoridade (religiosa/política/científica), onde se promete ao *sujeito singular* a completude, apesar da flagrante inconsistência social. A emancipação da *transcendência* favorece a singularidade. Mas, o sentimento coletivo se desarticula. A figura paterna, fica deslegitimada em sua função educadora, o que propicia o aparecimento da *criança generalizada*, em um mundo com todas as pretensões de *completude*. Cabe destacar que tal situação é funcional ao mercado, porque na infância não há ainda o *sentido da impossibilidade*, sendo uma época ondulante da vida, onde tudo é fantasia⁴⁴. O raciocínio, a lucidez, a desconfiança irá se esvaír apenas no término da infância, que é o momento da desilusão sem remédio⁴⁵. Dessa forma, adultos infantilizados recusam se separar de seus primeiros *outros*, sentindo o *todo-poder infantil*, nada sendo repreensível⁴⁶.

Esse desabamento da *transcendência* contribuiu para o surgimento de um sujeito contemporâneo: o *neossujeito* (um *sem outrem*), generalizando a *perversão comum* (não estrutural)⁴⁷. São características do *neossujeito*: a) submete-se a tiranias sociais para conservar o seu lugar de escolha; b) absorve tudo que o cerca, sendo muito sensível à mídia; c) tem necessidade de emoções intensas; d) reivindica escolher a partir de si mesmo; e) nele, o gozo prevalece sobre o desejo, sendo incapaz de deixar o gozo; f) tem dificuldades com a temporalidade; g) está exposto à depressão por ter perdido o

⁴² LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 39.

⁴³ Conforme Bauman, quando o sonho modernista é abraçado por um poder absoluto capaz de monopolizar veículos modernos de ação racional, e quando esse poder alcança libertar-se do efetivo controle social, o que se segue é o genocídio. O caráter geral não-violento da civilização moderna é uma ilusão. A violência tornou-se uma técnica; como todas as técnicas, é livre de emoções e puramente racional. In: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcus Panchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 117-122.

⁴⁴ LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite...*, p. 133: “... um sistema social, ao funcionar como uma mãe que se contenta em remeter a um outro, mas que não aceita verdadeiramente que esse outro intervenha de seu lugar próprio, literalmente aprisiona numa tenaz a intervenção do pai real e, de facto, promove a persistência da onipotência infantil”.

⁴⁵ SÁ-CARNEIRO, Mário de. *Céu em fogo*. Lisboa: Assírio e Alvim, 1998. p. 14 e 89.

⁴⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 27-32.

⁴⁷ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 283-314.

laço com o terceiro (outrem); h) permaneceu apenas *filho da mãe*, não sofrendo a influência da *economia psíquica paterna*⁴⁸.

Ao contrário do psiquismo do neurótico clássico, organizado pelo *recalque*, o psiquismo do *neossujeito* é organizado pela *renegação/desmentido*⁴⁹ e está inscrito no regime da *evitação da subjetivação*⁵⁰. Sua vida é insípida, pois a sensação se sobrepõe ao pensamento⁵¹. O sentimento de vazio interior produz a necessidade intensa de emoções. Todas as sensações devem ser imediatas, não há espaço para a reflexão⁵². Enfim, é um sujeito que não quer passar pela *negatividade* no *processo de subjetivação*, apegando-se à imagem para se proteger da palavra⁵³.

Com isso, aparece a *perversão comum*. O *neossujeito* – perverso – é aquele que, usando a *renegação*, aniquila a alteridade do Outro e a instrumentaliza, rejeitando qualquer negatividade e deslegitimando a autoridade que o limita. No mundo do perverso não há espaço para a alteridade; é um mundo sem outrem. A lógica do mercado e a busca do gozo total – típicas mutações do laço social ocorridas na modernidade – contribuem para o desaparecimento do Outro. Por isso, o *neossujeito* passa a ser *um sem outrem*. Como se depreende do trabalho de Lebrun, o *neossujeito* irá escamotear a falta através do objeto de consumo (fetiche), sem qualquer sucesso, pois, o objeto de consumo é um engodo ao qual o sujeito irá se ligar para perenizar a evitação do confronto com a perda⁵⁴. Cabe destacar que a globalização neoliberal, a integração cultural e a padronização do pensamento agravam sensivelmente essa metamorfose psíquica, porque ela é altamente funcional para a lógica do mercado. No mundo globalizado, os valores universais se reduzem a valores das bolsas de investimentos, flutuando no mercado de maneira indiferenciada as *commodities* e o *sujeito*⁵⁵. Neste

⁴⁸ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 212-226 ; 251.

⁴⁹ *Recalque* é o processo pelo qual os significantes correlatos a uma pulsão inaceitável são relegados ao inconsciente (escolha neurótica). *Renegação* ou *desmentido* é a recusa de reconhecer a realidade de uma percepção que perturba o sujeito, mediante o que ele a rejeita (escolha psicótica).

⁵⁰ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 253-272.

⁵¹ ALBUQUERQUE, José Durval Cavalcanti de. Resenha A Perversão Comum: *common perversion*. *Tempo Psicanalítico*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, p. 213, 2010: “as obras do pensamento perdem gradativamente a admiração de que desfrutavam, sendo recepcionadas com certa indiferença. A ciência e a técnica parecem administrar uma ordem única que não varia, opacificando os processos de pensamento abstratos, a sagacidade, a perspicácia e a engenhosidade humana”.

⁵² LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 215-219; 223-224.

⁵³ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 221.

⁵⁴ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 346.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, José Durval Cavalcanti de. Resenha A Perversão Comum..., p. 213

mundo globalizado o significante se sobrepõe ao significado, havendo mais imagens e estímulos do que interpretações padronizadas para eles⁵⁶.

Cumprir lembrar que cada *sujeito* irá assimilar os diversos dados que emergem da mutação do laço social de um modo singular. Portanto, isso não quer dizer que estamos às voltas com um conjunto de sujeitos perversos. Como alerta Lebrun, os *neossujeitos* “são antes sujeitos convidados a partilhar um funcionamento perverso”⁵⁷. De qualquer modo, ainda que seja inviável estabelecer uma relação etiológica, muitos sujeitos singulares entronizam essas mudanças promovidas pela nova economia psíquica. E esses *neossujeitos* acabam, influenciados por esse contexto histórico, praticando desvios visando a obtenção de maior poder econômico ou maior possibilidade de gozo, sem que isso represente uma etiologia simplista do fenômeno criminal, ou seja, sem que isso represente um retrocesso ao positivismo criminológico, que trabalha com *causas necessárias*, ao invés de investigar *causas contingentes*⁵⁸.

4. Ética da Alteridade e violência na sociedade de consumo

Apesar dos reflexos vividos na constituição dos sujeitos a partir da nova economia psíquica, influenciada pelo discurso capitalista, não há como negar que todo ato de fala só se consuma no endereçamento a um outro, ficando a produção de sentido, de significação, na dependência de sua inscrição numa cadeia de interlocuções, não tendo como a vida fazer sentido apenas do ponto de vista do vivente, sem o reconhecimento do *grande Outro*, ou pelo menos pelos *pequenos outros*. Pensar o contrário – ou seja, pensar que a criação de sentido para a existência possa ser um ato individual – é uma ilusão. E essa ilusão cria uma crise ética a partir da falta de reconhecimento da *Lei* (renúncia ao gozo) e da desmoralização do código (*pacto simbólico*). Nossa sociedade de consumo fará da liberdade, da autonomia individual e da valorização narcísica do indivíduo seus grandes pilares de alienação, sustentando o

⁵⁶ FORBES, Jorge. *Inconsciente e responsabilidade...*, p. 131.

⁵⁷ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum...*, p. 46-47.

⁵⁸ MATTHEWS, Roger. Cultural Realism? *Crime Media Culture*. Colchester-UK, v. 10, p. 203-214, 2014. p. 212: “The aim is to move from descriptions and observations to causal explanations that involve the identification of the key mechanisms at work and to distinguish between necessary and contingent causes. Ultimately, the objective is to produce work that is not only critical but also useful and able to contribute more or less directly to the policy process”. Tradução livre: O objetivo é passar de descrições e observações para as explicações causais que envolvem a identificação dos principais mecanismos no trabalho e distinguir entre *causas necessárias* e *causas contingentes*. Em última análise, o objetivo é produzir um trabalho que não é apenas crítico, mas, também, útil e capaz de contribuir mais ou menos diretamente para a análise do processo de criminalização.

gozo e o consumo sem limites – sem outrem. A *Lei* – imperativo de renúncia ao gozo – perde sustentação na modernidade líquida (Bauman). O apelo ao gozo – “Compre! Compre! Compre!” – acaba por produzir mais angústia do que gozo, e, mais violência do que fruição, porque ela (a violência) passa a ser uma reação à violência dos imperativos do mundo consumista.

A partir do discurso capitalista, são vistos os efeitos violentos da predominância das formações imaginárias na organização social. Como explica Maria Rita Kehl:

“A violência de que o homem contemporâneo tanto se queixa parece ser efeito dessa produção significativa a respeito do gozo, que confere um lugar de prestígio aos atos destrutivos e às afirmações de onipotência daqueles que se dão o direito de extrair do corpo alheio uma parcela do gozo que acreditam lhes ser devida. Não é tanto o caso de um aumento efetivo dos atos de delinquência que nos ameaça, mas uma espécie de ambígua autorização da delinquência implícita nos códigos morais contemporâneos, em que a castração se confunde com a privação. Ou seja: não se trata de uma falta de gozo, pois esta é constitutiva da condição humana, mas da suposição de falta de um objeto imaginário do qual o sujeito se acredita privado (pelo Outro), e que cabe a ele recuperar a qualquer custo. Mesmo que seja à custa de danos ao corpo do outro, esse corpo que supostamente goza daquilo que o sujeito também se vê impelido a – e impossibilitado de – gozar”⁵⁹.

Nessa crise geradora de violência, além da falta de reconhecimento da *Lei*, há a desmoralização do código (*pacto simbólico*) burguês, que, durante séculos, difundiu os significantes do individualismo (“cada um por si”) na sociedade de mercado, altamente consumista nos dias atuais, e os *neossujeitos* acabaram convocados a irem além de todos os limites. E, para tentar conter aqueles que optam pela prática de condutas desviantes, esquizofrenicamente o Estado burguês deseja, agora, aniquilar a alteridade do outro com práticas brutais que configuram intolerância socioeconômica, ou seja, transforma a juventude pobre e desejosa de bens de consumo (fetiche) em *objeto a*, gozando dela e negando a sua humanidade.

Maria Rita Kehl alerta que as formações imaginárias se organizam em torno do *eu* narcísico, das identificações e das demandas de amor e reconhecimento, possibilitando o predomínio da violência: “há quem se autorize a tirar a vida alheia ou mesmo prefira pagar com a própria vida o preço dos quinze minutos de fama e de visibilidade aos quais, supostamente, todos teríamos direito, já que a ‘fama’ vem a ser o

⁵⁹ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 15-16.

substituto da cidadania na cultura do narcisismo e da imagem”⁶⁰. E a mídia televisiva, ao impactar os indivíduos com as suas imagens sensacionalistas, acaba infantilizando a todos com a pretensão de certeza a respeito da complexa realidade social e da complexidade da questão criminal. Fica a opinião pública limitada aos termos que a imagem comporta, impedindo a formação crítica e a capacidade humana de contestar as versões oficiais a respeito da “violência da criminalidade”.

Nesse contexto de medo e insegurança construídos midiaticamente, onde é sentida uma orfandade social, surgem os oportunistas de plantão prometendo à população plena segurança pública (leia-se: a neutralização das classes marginalizadas pela ordem econômica neoliberal ou dos inimigos seletivamente instituídos, cuja imagem representa o “mal”), desde que, todos se submetam à opressão da lei penal ou do fuzil do Estado burguês. Em meio às águas turvas desse contexto de medo e insegurança deslizam significantes de violência incapazes de reconhecer o outro, tornando a lei penal e o fuzil do Estado burguês garantidores da (des)ordem e promotores do progresso.

5. Culpabilidade e Alteridade: a construção dos sistemas normativos internos

Dirk Fabricius, em importante contribuição publicada no Brasil, enfatiza que “a maior parte das instituições sociais pretende produzir o comportamento adequado a partir da disciplina. Sabe-se, no entanto, que esses métodos de incremento da predisposição para a obediência estimulam antes a agressão, a crueldade e o sadismo”⁶¹. O professor da Johann Wolfgang Goethe-Universität ao tratar dos *sistemas normativos* (ordem de superior hierárquico, lealdade/confiança, exigências de adequação ao grupo, honra, lei e o Direito) explica que eles provocam sentimentos diferenciados, estimulando e conduzindo comportamentos distintos (procedimentos de regulação social). A função dos *procedimentos de regulação social* é inibir uma necessidade, um desejo ou um impulso do indivíduo, pois, eles antecipam o receio da vergonha, da culpa ou da perseguição. Seria o equivalente a perda do amor do outro de que nos fala Freud. Cada pessoa atuará (ou não) em conformidade com as expectativas sociais decorrentes desses procedimentos de regulação social, sendo que o processo de socialização pode criá-las, fortalecê-las, inibi-las ou destruí-las. Assim, quando o indivíduo verifica que o

⁶⁰ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise...*, p. 25.

⁶¹ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.

comando jurídico é mais débil em face de outros comandos não-jurídicos, acaba violando a lei penal⁶².

Com um diálogo interdisciplinar entre a Direito Penal e a Psicanálise, Dirk Fabricius chama atenção para as duas espécies de *sistema normativo interno* de cada pessoa: a) o *heterônomo*; b) o *autônomo*. E, isso está atrelado à questão da *alteridade*, demonstrando a sua importância para o estudo da culpabilidade e o desenvolvimento de seu *novo* fundamento ético-material.

O *sistema normativo interno* é responsável pelo senso crítico das condutas humanas, sendo ele capaz de castrar um impulso violador das regras jurídicas, ou seja, é ele que influenciará na disposição, motivação ou inibição de cada conduta. Na constituição do *sistema normativo interno* os “sentimentos de culpa” são essenciais para a compreensão do caráter antiético ou antijurídico da conduta de cada indivíduo. Neles, medo da perda do relacionamento com o outro, preocupação com ele, afeição e boa vontade se misturam. É a partir dessa compreensão que o causador de uma dor, dano ou mal a outrem terá condições de avaliar o desequilíbrio gerado em sua relação com o ofendido e buscará a reconciliação com essa pessoa ou a compensação, algo só existente em um ambiente de interação social, ou seja, onde exista respeito à alteridade. A semelhança com as ideias de Freud é inequívoca. Sem esse vínculo pessoal entre agressor e ofendido, não há compensação da culpabilidade. Por isso, uma simples compensação do dano impessoal é insuficiente. Afinal, uma compensação impessoal não gera qualquer “sentimento de culpa” ou vergonha⁶³. Nesse sentido, Fabricius defende que

“A consciência de culpa pode contribuir para a coesão social através da integração do culpado na comunidade. Sem sentimentos de culpa, não se pode enxergar o mal causado. Se os seres humanos não tivessem sentimentos de culpa, não haveria freio para a escalada de violência e agressão. E caso a culpabilidade permaneça não trabalhada, a ferida se cicatriza mal. Desejos de vingança, ressentimento e rancor no lesado, medo e agressão preventiva no autor levam facilmente a um ciclo entre autor, vítima e perseguido, de consequências destrutivas. [...] A apreensão da culpa, sua ponderação realística, o desenvolvimento de um programa de ação apropriado podem ser obstados também por defesa (negação, projeção etc.). onde esses mecanismos de defesa são fomentados social e institucionalmente, eles são especialmente eficazes e suas consequências são gritantes, como mostram a condecoração de soldados bem

⁶² FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 16-18.

⁶³ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 19-21.

sucedidos em execuções a homenagem a promotores com muitas condenações – especialmente condenações à morte –, a grupos de extermínio etc.”⁶⁴.

Desse modo, é possível concluir que os “sentimentos de culpa” são um instrumento de medição da culpabilidade, entendida como relação interpessoal cujo equilíbrio se perdeu em face de uma conduta ofensiva e que passa a necessitar de um contrabalanço⁶⁵.

Apoiado na literatura psicanalítica mais recente, na psicologia cognitiva e nas teorias behavioristas do aprendizado, Dirk Fabricius trata do desenvolvimento da capacidade de culpabilidade do indivíduo, ou seja, da sua capacidade de compreensão do injusto e de determinação. Algo que se inicia com o convívio social. A constituição da capacidade de culpabilidade depende do desenvolvimento do superego, que, em face do “aprendizado pelo exemplo”, faz cada pessoa incorporar as normas vividas e pregadas por seus pais, sendo que os “sentimentos de culpa ou vergonha” exercem forte influência nesse complexo processo. Isso trará consequências para o *sistema normativo interno* de cada pessoa, que também podem ser chamados de *sistemas de autorregulação*. Porém, o que realmente merece ser destacado é o fato de que isso deve ser construído pela via da alteridade e da interação social, ou seja, em uma linguagem onde não exista um sistema de mera obediência:

“na medida em que a regulação através de obediência se torna dominante, o verdadeiro ‘si mesmo’ (*Selbst*) é empurrado à ‘clandestinidade’ e a consciência é narcotizada e silenciada. Tanto o desenvolvimento e cultivo da própria identidade, quanto o estímulo da capacidade de não se culpar ou reparar o injusto cometido podem ser prejudicados significativamente. Nesse caso, as normas e expectativas externas se tornam a medida dominante de toda a ação”⁶⁶.

Essa é uma das características de sistemas totalitários: a existência de sujeitos incapazes de distinguir fato e ficção, verdadeiro e falso, bondade e maldade, constituindo a ruína da faculdade de julgar⁶⁷. Em síntese, a educação para a obediência legítima agressões e impede o desenvolvimento dos sistemas normativos internos

⁶⁴ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 22.

⁶⁵ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 20.

⁶⁶ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 25.

⁶⁷ LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite...*, p. 73: “Não se trata de um sujeito maléfico, mas de um sujeito que se demite de sua posição de sujeito, que se submete totalmente ao sistema que o comanda, que não se autoriza a pensar, que não pensa mais; é um sujeito que se demite de sua enunciação e se contenta em ser congruente com os enunciados aos quais consentiu em se sujeitar”.

(heterônomo e autônomo), pois retira do indivíduo a capacidade crítica de perceber os malefícios das suas condutas dentro de uma perspectiva ética libertária. A indiferença de Eichmann, por exemplo, para com as vítimas do Holocausto é um sintoma de estruturas educacionais meramente voltadas para a obediência⁶⁸. Nessa perspectiva autoritária e intolerante, aquilo que é permitido ou determinado deve ser realizado sem qualquer “sentimento de culpa”, independentemente dos resultados de cada conduta. Há uma total submissão à autoridade, seja ela a lei, os governantes, o superior hierárquico, o professor etc⁶⁹.

Se a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos – ainda que isso seja negado pela Criminologia Crítica –, não deve ocorrer a “hipertrofia” do *sistema normativo interno heterônomo*, pois ele se constitui de modo artificial, ou melhor dizendo, por meio de regras externas ao sujeito, anulando a própria vontade, sendo mais suscetível o desenvolvimento de um superego tirânico. Afinal, a opressão e a violência podem gerar – e normalmente geram – sentimentos de ódio contra o “si mesmo” e/ou contra o próximo. Explica Dirk Fabricius:

“O superego cruel e tirânico precisa ser repellido, mas, para tanto, não se dispõe de uma instância de consciência aconselhadora. Diante das agressões traumáticas dos pais, também o ‘si mesmo’ é sacrificado na medida em que ele é desterrado para uma região imune tanto aos ataques quanto à alocação e um falso ‘si mesmo’ entra em seu lugar. A identificação com o agressor condiciona até mesmo a imitação da agressão e das ações agressivas. O que não pode esquecer é que também há uma identificação com modelos não agressivos e, por exemplo, considerações, compaixão, atenção, tratamento justo também são imitados. Acrescente-se que a própria identificação já é um fenômeno complexo e a capacidade para tanto já é prejudicada quando sob condições traumáticas: para que se possa identificar é necessário que se tenha construído um modelo anímico do outro – esse modelo também é a base para o relacionamento e para a regulação do relacionamento com o outro”⁷⁰.

Por óbvio, limitações necessitam ser impostas, sob pena de prejudicar o processo de constituição do sujeito e surgir aquilo que Lebrun denomina de “perversão comum”. Mas, não devem ser passadas ao sujeito limitações ou ordens capazes de aniquilar o poder de crítica do eu, privilegiando o surgimento de um superego que persegue primordialmente o bom comportamento exterior, a conformidade e a

⁶⁸ Ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁶⁹ Ver: MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: an experimental view*. Londres: Tavistock, 1974.

⁷⁰ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 27.

adequação. É por tal razão que, antes de ser forjado o sujeito a partir de uma estrutura de poder voltada para a mera obediência, devem ser propiciadas condições para o desenvolvimento do *sistema normativo interno autônomo*, que consiste nos “indícios ubíquos de um sentimento de culpa que se desenvolve espontaneamente, que reage à lesão ao próximo e que motiva a reconciliação”, incluindo-se a chamada *diferenciação cognitiva* entre as normas morais e convencionais. Trata-se de uma “consciência autônoma”, pouco voltada para a agressividade, onde é mais permitido um comportamento conciliatório, dispensando-se rituais cruéis⁷¹. Se a regulação de culpa oriunda do *sistema normativo interno autônomo* ficar subdesenvolvida, as normas terão que advir por fora, ou seja, do *sistema normativo interno heterônomo*, momento em que a alteridade fica desprestigiada, pois “os sentimentos normativos só podem ser ajustados na experiência conflituosa, seja ela com os educadores, com os irmãos ou com os colegas de recreação”, no caso das crianças. Qualquer tentativa de suprimir a agressão, a ira, o aborrecimento e a inveja não os elimina, apenas promove uma contenção episódica e a curto prazo, ocasionando o seu *recalcamento*, trazendo como consequência a sua manifestação num momento inadequado e mal regulado⁷².

Em síntese, para o desenvolvimento do *sistema normativo interno autônomo* e a consequente diminuição de sujeitos submissos cegamente à autoridade (seja ela qual for) ou voltados à intolerância, é necessária a responsabilidade por outrém, sem que ninguém possa dizer o que é correto aqui:

“Preconizar consciências morais, exigir confissões de arrependimento e encher o próximo com conselho – tudo isso não estimula o desenvolvimento autônomo da consciência, tampouco do ‘verdadeiro si mesmo’. De outro modo, aparecer como interlocutor que expõe suas objeções, articula seus interesses, necessidades e sentimentos, e com isso confronta sem se sobrepor, demonstra respeito e fomenta a disposição para responsabilidade – e, por conseguinte, cresce a chance de encontrar a solução adequada ao ‘si mesmo’ e ao próximo”⁷³.

Portanto, o desenvolvimento da culpabilidade e das ferramentas de autorregulação dos comportamentos dependem da responsabilidade pelo outro, ou seja, da alteridade. Essa aproximação psicanalítica incrementa a liberdade de decisão e permite o aumento da autonomia do sistema normativo interno de cada sujeito em

⁷¹ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 28-29.

⁷² FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 29-32.

⁷³ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 32-33.

sociedade. Condutas em conformidade com o Direito decorrentes de uma força ou coação permanecem externas e, por isso, estéreis. “A insistência de muitos subsistemas sociais nas estratégias de conformidade, de lealdade convencional e de obediência é um – se não o principal – obstáculo rumo a um sistema normativo interno de melhor funcionamento nos indivíduos para a situação normal”⁷⁴.

É importante frisar as consequências negativas da “imposição de estímulos aversivos”: a) opressão de comportamentos não desejados sob condições limitadas, de quase impossível implemento na vida normal; b) o comportamento punitivo é imitado, de modo que a educação violenta estimula o comportamento violento posterior; c) a punição é humilhante e degradante, desencadeando o “ciclo vergonha-ira”, aumentando o risco de novos delitos; d) prejuízo à educação e à saúde. Neste ponto, deve ser lembrado que, “ainda que em algumas áreas da criminalidade possa haver efeitos de dissuasão por terror, isso não pode legitimar a pena como fenômeno em um Estado democrático de direito – se ele, como pretende, pressupõe um cidadão emancipado. A difusão do terror caminha em sentido contrário ao do amadurecimento e aumenta a disposição para a obediência”⁷⁵.

Como conclusão, dentro dessa perspectiva psicanalítica, é possível afirmar que o tradicional juízo de reprovação no âmbito da culpabilidade e a pena dele decorrente são inúteis para o desenvolvimento de uma vida segura entre os sujeitos em sociedade, além de serem destrutivos, devendo ser paulatinamente excluída da vida social essa totalidade intolerante.

⁷⁴ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 34.

⁷⁵ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos...*, p. 38.

Capítulo 3

Teoria da Culpabilidade e Alteridade: limites da criminalização em um Direito Penal ético

“Dizer: eis-me aqui. Fazer alguma coisa por outrem. Dar. Ser espírito humano é isso”. (Levinas)

1. A Crise da Culpabilidade: necessidade de um novo fundamento ético-material

O elemento empírico que sustenta um juízo de reprovação/censura/responsabilidade no âmbito da culpabilidade representa uma das maiores controvérsias dentro da dogmática penal. A denominada crise da culpabilidade estaria vinculada ao dilema tradicional existente entre *determinismo* e *livre arbítrio*. Na perspectiva determinista, os sujeitos seriam um mero objeto, sem dignidade humana¹. Hassemer, por exemplo, nega de modo contundente a perspectiva determinista dos neurocientistas, sustentando que a responsabilidade penal está vinculada à razões sociais, não podendo a biologia humana servir de fundamento para a culpabilidade². Dessa forma, nem mesmo os sofisticados aportes da neurociência servem de sustentação para a formação do juízo de responsabilidade penal no campo de culpabilidade. Por outro lado, na perspectiva indeterminista (livre arbítrio), não haveria fundamento à pena, uma vez que o *poder-agir-de-outro-modo* não seria demonstrável³.

¹ Apesar disso, a neurociência traz afirmações perturbadoras. Segundo Gerhard Roth, “o homem é livre no sentido de que pode atuar em função de sua vontade consciente e inconsciente. Apesar disso, esta vontade está completamente determinada por fatores neurobiológicos, genéticos e do entorno, assim como pelas experiências psicológicas e sociais positivas e negativas, em particular as que são produzidas em etapas iniciais da vida, que dão lugar a mudanças estruturais e fisiológicas no cérebro. Isso significa que todas as influências psicológicas e sociais devem produzir mudanças estruturais e funcionais. Do contrário, não poderiam atuar sobre nosso sistema motor. Por último, isso supõe que não existe livre arbítrio, em sentido firme, mas somente em sentido débil e compatibilista. E também significa que ninguém, nem os filósofos, nem os psicólogos, nem os neurobiólogos podem explicar como funciona o livre arbítrio em sentido forte”. ROTH, Gerhard. La relación entre razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. *El cerebro: avances recientes en neurociencia*. Madrid: Complutense, 2009. p. 114.

² HASSEMER, Winfried. Neurociências e Culpabilidade em Direito Penal. In: BUSATO, Paulo César Busato (Org.). *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11: “Quem – pelas razões que for – negue que os seres humanos podem ser responsáveis pelo que fazem, elimina uma peça-chave não só de nosso ordenamento jurídico, mas também de nosso mundo. Vulnere o fundamento normativo de nosso trato social, o reconhecimento como pessoas. A base desse reconhecimento é a expectativa recíproca de que nossos congêneres não nos veem como um sistema composto por ossos, músculos e nervos, mas nos percebem também como pessoa e se conduzem em função dessa percepção”.

³ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general I – el hecho punible*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 274.

Atualmente, em termos dogmáticos e empíricos, é possível afirmar que esses paradigmas – (in)determinismo – estão falidos, pois é impossível provar a liberdade de agir concreta do autor concreto, não havendo um fundamento eticamente válido para o normativismo finalista e pós-finalista (reprovação).

É insuficiente para a reprovação da culpabilidade uma liberdade abstrata, desprovida de um sujeito concreto, na realização de uma conduta concreta⁴. A liberdade apenas exclui a imposição causal no âmbito das ações humanas, não sendo possível constituir prova direta da sua existência. Seguindo o pensamento de Engisch, no sentido da impossibilidade empírica de comprovação do *poder-agir-de-outro-modo*, afirma Vives Antón: “nunca podemos estar absolutamente seguros de que, quando reproduzimos qualquer experimento para confirmar o resultado, não nos passem despercebidas variações relevantes”⁵. Claus Roxin afirma que “esta concepção fracassa porque, nem sequer sob o pressuposto de uma liberdade de decisão teoricamente concebível, um poder atuar de outro modo do sujeito individual no momento do fato é suscetível de constatação científica”⁶. Ou seja: ainda que se queira ser “profeta do passado”, não há como provar que determinado sujeito poderia agir de modo diverso em uma situação pretérita, objeto da construção da reprovação em um julgamento. Dessa forma, a liberdade, em termos democráticos, deve ser concebida no âmbito da culpabilidade como a existência de *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo) e *inserção social* (satisfação das necessidades reais), conforme será explicado no próximo capítulo. Portanto, ao invés da culpabilidade estar fundada em um juízo de reprovação, atrelado à liberdade abstrata, ela passa a se fundar em um juízo de responsabilidade ética, onde deverá ser apurada a opção de superação dos condicionamentos advindos da natureza, da sociedade, do capitalismo, do psiquismo, não sendo um atributo abstrato, mas uma especial posição do sujeito diante do conjunto de condicionamentos, ou seja, uma verificação que deve ser feita de modo concreto e não abstratamente, a partir de uma relação de alteridade⁷.

⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. O Princípio da Culpabilidade. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. Curitiba, a. 1, v. 2, p. 35-64, jan-jun/2010. p. 45-46.

⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. O Princípio da Culpabilidade..., p. 48.

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. p. 799. No mesmo sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática penal? *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: 1990, p. 61-62; SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. 2. ed. Trad. J.M. Silva Sánchez. Buenos Aires: Bdef, 2012. p. 188.

⁷ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ah-Doc, 2004. p. 244: “El nexo que une la acción con la persona debe ser el resultado del ejercicio de su libertad. Esto, por supuesto, no puede significar una libertad absoluta, no sólo porque eso no existe, sino porque tampoco ese es el uso

Fica evidente que a culpabilidade, enquanto juízo de reprovação, a partir da presunção absoluta de “liberdade da vontade” do agente (livre arbítrio), padece de sério problema: está fundada em uma ética normativa (*juízos de valor*), desprovida de validade empírica (indemonstrável)⁸. No viés tradicional, o fundamento da culpabilidade, então, seria o *poder-agir-de-outro-modo* (liberdade: capacidade de se guiar pela razão). Ocorre que isso não é demonstrável. A liberdade deve deixar de ser fundamento da culpabilidade (critério moral) para se tornar pressuposto da ação ou omissão de ação (critério físico). É necessário indagar até quais condições empíricas é possível falar de um comportamento como “livre” em um sentido que permita imputá-lo ao respectivo agente. Segundo Vives Antón, “ao falar de ‘livre arbítrio’ (*free will*) para designar a liberdade, evoca-se uma imagem escolástica: a imagem de uma substância espiritual fragmentada em potências, das quais uma (a vontade) seria livre (ou seja, se determinaria só por si e diante de si)”⁹. Então, apesar de indemonstrável a “liberdade de agir”, ela é indispensável para a atribuição de qualquer responsabilidade penal, desde o conceito de ação ou omissão de ação (conduta), no âmbito do injusto penal. Afirma o professor catedrático de Valência: “a liberdade é um círculo do qual a ação humana e a razão humana não podem sair, pois constitui o ‘juízo’ desde o qual, para uma e para outra, se abrem as portas do mundo”¹⁰. Em síntese: se a ação ou omissão de ação decorrem inteiramente de causas, sem lugar para a razão, não há ação ou omissão de ação¹¹, e isso antecede qualquer juízo de responsabilidade realizado no âmbito da culpabilidade.

A culpabilidade não pode ser tratada no plano puramente formal, devendo existir um fundamento material ou elemento empírico que sirva de garantia aos indivíduos em sociedade, limitando-se, assim, o poder punitivo estatal. Esse fundamento material é etapa de proteção do autor em face do poder punitivo do Estado, de modo que ele deve ser composto por elementos que possam ser suscetíveis de

corriente de la palabra libertad. No decimos que una persona es libre solamente cuando no ha tenido ningún condicionamiento, sino cuando ha tenido una posibilidad real (y no meramente abstracta) de superarlos. Por eso, lo que llamamos libertad, en todas las esferas de vida en las que usamos esa palabra, es haber tenido una opción de superar los condicionamientos que provienen de las esferas naturales, sociales, psicológicas, históricas y biográficas”.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 283: “a responsabilidade pelo próprio comportamento não pode ser uma questão metafísica, dependente de pressupostos indemonstráveis, porque é um problema prático ligado à realidade da vida social”.

⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal: acción significativo y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 325-326.

¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal...*, p. 328.

¹¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal...*, p. 326-327.

refutação, sob pena de violação ao princípio do contraditório, mesclando-se características objetivas e referências normativas, “capazes de revestir o empírico de uma roupagem adequada a uma ordem jurídica assentada na defesa da pessoa e de seus direitos”¹².

A culpabilidade e a responsabilidade pessoal dependem da posição do sujeito diante da ordem jurídica, levando-se em consideração a (in)existência de autonomia suficiente para incorporar as proibições, mandados ou permissões normativos em condições igualitárias de participação e como sujeito livre no processo de construção das leis penais, ou seja, é necessário que materialmente se esteja em um Estado Democrático de Direito.

A vontade perde a sua liberdade diante de algum fator condicionante que, dependendo da natureza, pode excluí-la, reforçá-la ou mantê-la. As relações pessoais e familiares, o (des)emprego, a riqueza ou a miséria, a (de)formação educacional ou o despreparo, o poder e a submissão, representam fatores concretos da vida e influem diretamente na autonomia do sujeito. Logo, esses fatores devem ser sopesados no momento de acertar o caso penal dentro do juízo ético de responsabilidade presente no conceito de culpabilidade. Dessa forma, a avaliação sobre a autonomia deve ser efetuada a partir do contexto individual e social do autor do injusto (simetria comunicacional e inserção social), apesar dos apelos normativos da legislação penal¹³.

Sendo assim, desde a ética da alteridade, com pretensão libertadora, é necessária uma relação entre culpabilidade e a realidade da vida de cada sujeito em sociedade, ou seja, a partir de *juízos de fato* (empíricos). No Brasil, embora não se refira a Levinas, Juarez Cirino dos Santos irá sustentar que

“a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade* – e não a *presunção de liberdade* – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de reprovação pessoal pelo comportamento social”¹⁴.

Tal ideia de alteridade necessita maior aprofundamento teórico e filosófico, algo pretendido neste momento da pesquisa, sendo necessária, inicialmente, uma

¹² TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 134.

¹³ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena...*, p. 138-144.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 283.

aproximação à *filosofia da linguagem*, que constituirá o *momento formal de validade intersubjetiva* do fundamento material da culpabilidade.

2. Culpabilidade e Filosofia da Linguagem: momento formal e validade intersubjetiva

Para a construção de um novo fundamento material à culpabilidade, aliado aos princípios da *Ética da Alteridade*, é indispensável a aplicação da consensualidade da *razão discursiva*. Como bem analisa Antonio Carlos Wolkmer, a moral discursiva de Habermas e Apel busca fundamentar uma ética racional, potencialmente universal, superando o formalismo positivista ao partir das relações intersubjetivas e da ação comunicativa concreta. Há uma busca de ruptura com os parâmetros axiológicos convencionais desde categorias-chave como “responsabilidade”, “práxis emancipatória”, “solidariedade”, “valorização das subjetividades do mundo da vida” e “consenso da comunidade real”. No entanto, embora seja um momento formal indispensável, ele é insuficiente na realidade histórica e regional latinoamericana, marcada por irracionalismo, conflitos, dependência e violência institucionalizados. A sociedade quase perfeita, constituída por homens livres, competentes, conscientes e maduros, onde prevalece a lógica do melhor argumento, é um mito. Nossa sociedade não é uma comunidade de comunicação ideal, com a participação de sujeitos em pé de igualdade no jogo argumentativo:

“O que deveras acontece é que na ‘comunidade de comunicação real’, hegemônica e central, o ‘outro’ (o sujeito espoliado e dominado do mundo periférico), que deveria ser a condição fundante, na verdade é ignorado, silenciado e excluído, porque não é livre nem competente para participar da consensualidade discursiva e do jogo linguístico argumentativo”¹⁵.

A intenção emancipadora da *Ética (Moral) do Discurso* não se confunde com a práxis de libertação da *Ética da Alteridade*. Por isso, para fins de ser estabelecido um novo fundamento ético-material à culpabilidade, é necessário realizar o reconhecimento de uma intersubjetividade simétrica das vítimas em comunidade solidária, ou seja, uma simetria a partir da assimetria gerada desde o Sistema de Justiça Criminal, saindo da consensualidade do círculo hegemônico opressor e estabelecendo o contradiscurso da

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 266-267.

alteridade excluída¹⁶. O exercício crítico da democracia inicia a partir do consenso dos dominados¹⁷. De qualquer modo, é fundamental reconhecer que a validade intersubjetiva da argumentação “livre de dominação” não existe na realidade do mundo, ficando apenas na esfera ideológica, e, para a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade, é necessário ir além do imaginário da Ética do Discurso, situado apenas no horizonte de uma moral formal.

O fundamento material da culpabilidade para ter pretensão de verdade ética não pode ficar adstrito ao cumprimento de regras do consenso intersubjetivo, uma vez que a verdade dele decorrente deve atender às exigências materiais ou de conteúdo responsáveis pela *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*. É preciso romper com formalismos técnicos e abstracionismos metafísicos, a fim de ser desvelada a expressão autêntica da cultura e da história de injustiças e sofrimentos impingidos aos povos periféricos da América Latina. Trata-se de estabelecer a *dialogicidade intersubjetiva da razão discursiva ético-crítica*, onde um novo fundamento material à culpabilidade será forjado por uma crítica dialógica, desde a comunidade intersubjetiva das vítimas do Sistema de Justiça Criminal. Fala-se em vítimas porque são as pessoas que não podem viver plenamente no sistema político vigente; sua *vontade-de-viver* foi sufocada pela *vontade-de-poder* dos capitalistas. Há a inclusão da dimensão estritamente ética do conteúdo material negado, não sendo meramente uma moral formal.

Sendo a moral formal da Ética do Discurso responsável para preservação de uma ideia de reprovação no âmbito da culpabilidade, é ela também responsável pela preservação ou otimização da produção de vítimas ou oprimidos advindos dos seus consensos intersubjetivos¹⁸. Dito de outro modo: muito embora a validade discursiva

¹⁶ LEVINAS, Emmanuel. *De otro modo que ser o más allá de la esencia*. Trad. Nijhoff Haia. Salamanca: Sígueme, 1987. p. 216-217, *apud* DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 412: “A linguagem já é um ceticismo. Porventura o discurso coerente que se absorve inteiramente no dito não deve sua coerência ao Estado que exclui, pela violência, o discurso subversivo?... O interlocutor que não se dobra à lógica é ameaçado de prisão ou de ir ao asilo onde sofre o prestígio do mestre ou a medicação do médico: violência ou razão de Estado asseguram ao racionalismo lógico uma universalidade é à lei uma matéria submissa... Isto nos lembra o caráter político – num sentido muito amplo – de todo racionalismo lógico, aliança da lógica com a política”.

¹⁷ DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política...*, p. 110: “O princípio de legitimação crítico ou de democracia libertadora (completamente afastada da democracia liberal) poderia enunciar-se assim: devemos alcançar *consenso crítico*, em primeiro lugar, *pela participação real e em condições simétricas dos oprimidos e excluídos*, das vítimas do sistema político, porque são os mais afetados pelas decisões de que se lembraram no passado institucionalmente!”

¹⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 417: “para a Ética do Discurso, as condições mínimas reais para a possibilidade de uma discussão válida são: a *sobrevivência* da comunidade real de comunicação, e a participação simétrica de todos os atingidos possíveis. Mas, ao levar em conta aquilo

nos remeta à intersubjetividade, é necessário ter em conta que os juízos de reprovação que tradicionalmente fundamentam a culpabilidade acabam por negar a vida no plano da realidade material do mundo e, portanto, não podem ser considerados materialmente válidos. Como esclarece Dussel: “A Ética da Libertação propõe, por isso, que é necessário definir um critério de validade moral intersubjetivo (formal consensual) que deve articular-se com o critério de verdade prática de reproduzir e desenvolver a vida humana (material, de conteúdo)”¹⁹. Nesse sentido, o reconhecimento do discurso do outro é o *primeiro momento* do processo ético de libertação²⁰. É pressuposto, portanto, a conscientização crítica e a legitimação da transformação aqui pretendida, com especial reconhecimento da produção (in)voluntária de vítimas pelo Sistema de Justiça Criminal²¹, que é tradicionalmente articulado de modo performativo autorreferente.

A partir da Ética da Alteridade²² será buscada uma *práxis de libertação*, independentemente de processos revolucionários de difícil concretização histórica (*razão ético-estratégica*), construindo-se um novo fundamento ético-material para a culpabilidade. Essa pretensão ganha legitimidade empírica quando se percebe a evolução do uso da prisão como ferramenta de controle social e neutralização seletiva de sujeitos incapazes de se submeter à condição de força de trabalho domesticada ou de bom consumidor. Tais sujeitos representam – em larga escala – a “humanidade sobrando”: sujeitos excluídos, desempregados, desprezados²³.

que agora chamamos de *principium exclusionis* (a impossibilidade empírica de não excluir alguém do discurso), torna-se eticamente problemático o que se refere a todos os atingidos ‘possíveis’ já que, como insistiremos, não é possível nem sequer descobrir a sua existência (afeta-os uma ‘impossível’ participação. Com efeito, nunca poderão todos os afetados ser participantes reais”.

¹⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 208.

²⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 212: “O reconhecimento do sujeito ético como igual é um momento do exercício da razão ético-originária, anterior ao uso da razão discursiva enquanto tal. Para argumentar seriamente, é necessário, de antemão, re-conhecer o Outro como igual”.

²¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 124: “De fato, há sempre algum tipo de dominação. Mas, essa deve ser superada no momento em que for descoberta”.

²² WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico...*, p. 268: “A ‘ética da alteridade’ não se prende a engenharias ‘ontológicas’ e a juízos *a priori* universais, postos para serem aplicados a situações vividas, mas traduz concepções valorativas que emergem das próprias lutas, conflitos, interesses e necessidade de sujeitos individuais e coletivos insurgentes em permanente afirmação. Admite-se, assim, que a ‘ética concreta da alteridade’ tem um cunho libertário, pois, por estar inserida nas práticas sociais e delas ser produto, pode perfeitamente se materializar como instrumento pedagógico que melhor se adapta aos intentos de conscientização e transformação das nações dependentes do Capitalismo periférico, bem como das lutas de libertação e emancipação nacional dos povos oprimidos”.

²³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 66.

2.1. Culpabilidade e a incongruência dos métodos de definição pós-finalistas

A realidade social da era neoliberal demonstra que a validade intersubjetiva da argumentação “livre de dominação” é algo que não existe na periferia do capitalismo globalizado. Há uma comunidade de excluídos do círculo hegemônico opressor, de modo que os métodos para definição da culpabilidade pós-finalistas são, explicitamente, incongruentes diante da assimetria discursiva. Afirmar o contrário é desconhecer o caráter seletivo dos processos de criminalização (primária e secundária) ou as formas de violência (estrutural e institucional). Enquanto a democracia se resumir a uma faceta instrumental (direito ao voto), onde o poder hegemônico está concentrado na mão de poucos e dirigido para a realização dos objetivos do capitalismo neoliberal, é inviável se limitar ao consenso discursivo.

A partir das fundamentações da Ética do Discurso, utilizadas por algumas teorias pós-finalistas (por exemplo: o *funcionalismo sistêmico* de Günther Jakobs²⁴, o *déficit de lealdade ao Direito* de Urs Kindhäuser²⁵, e, a *liberdade comunicativa da pessoa deliberativa* (cidadão e pessoa de direito) de Klaus Günther²⁶), o *juízo normativo* de culpabilidade será considerado correto quando decorrente de um processo configurado como discurso racional, onde seja possível identificar a força do melhor argumento, que não depende de um conteúdo material alheio à argumentação (exterior), mas que seja constituído formalmente na relação discursiva. É preciso que exista uma comunicação ideal (igualdade de participação no discurso, liberdade de expressão, veracidade e ausência de privilégios). Assim, nessa perspectiva, a culpabilidade é legítima quando a norma for produto de um discurso público e de procedimentos decisórios, onde todas as pessoas tiveram o direito de participar, exercendo o seu juízo crítico. Cada uma delas será a *pessoa deliberativa*, ou seja, aquele sujeito com poder de participação nas argumentações que se formam acerca da validade de suas pretensões, relativamente às manifestações e ações. Além de isso ser impossível de ocorrer na realidade das relações de poder existentes nas sociedades neoliberais, novamente o fundamento da culpabilidade é um *juízo de adequação/atribuição* acerca do *injusto*.

²⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

²⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Días. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

²⁶ GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005. No Brasil, ver: GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso no direito? *Direito GV*. São Paulo, v. 2, n. 1, trad. Flávio P. Püschel, p. 223-240, jan/jun-2006.

Assim, a culpabilidade passa a ser um juízo de cognição, existente naqueles com condições de agir criticamente, denominados de *pessoa performativa*. A culpabilidade permanece atrelada a um juízo de atribuição ou de valor desgarrado da realidade dos sujeitos excluídos do círculo de consenso. A maioria dos sujeitos não pode ser materialmente considerada *pessoa deliberativa* em países com um déficit social tão expressivo como no Brasil. Tais teorias da culpabilidade desenvolvidas no eurocentrismo separam o juízo de responsabilidade em relação à vida concreta de cada sujeito em comunidade. Os métodos utilizados por essas teorias se alienam da realidade social de países periféricos do capitalismo globalizado. Não há conhecimento dos conflitos sociais concretos. A atribuição de responsabilidade nesse contexto é puro ato político de conveniência na tarefa de controlar os contingentes humanos excluídos do consumo imposto na era neoliberal. Nestes moldes, não há qualquer legitimidade da culpabilidade, desde a Ética da Alteridade e da Ética da Libertação.

Falar em “estabilização da norma” e “falta de fidelidade ao direito” em um país como o Brasil é tributar uma legitimidade absoluta à norma e negar a vida de grandes contingentes populacionais que não participam concretamente do círculo de consenso, cujos membros estão sendo selecionados em larga escala pelo Sistema de Justiça Criminal. Segue-se uma razão instrumental que traz efeitos desastrosos, bastando fazer uma breve visita *in loco* a qualquer cárcere do país para se chegar a essa constatação.

A sociedade brasileira, a exemplo de diversos países latinoamericanos que incorporaram a racionalidade neoliberal, configura um cenário de exclusão e desajustes, não sendo possível utilizar a referência a direitos subjetivos de participação democrática como forma de fundamentar a responsabilidade penal. Isso é mera formalidade, além de motivo para a manutenção da estabilidade da norma. Nesse tipo de sociedade real, a culpabilidade, como juízo normativo de cognição, alheia à condição do agente delituoso, é eminentemente ilegítima. Conforme análise crítica de Juarez Tavares:

“A questão não está na identidade da pessoa, mas sim na consideração do contexto social no qual se realiza o fato injusto e se insere a pessoa do autor. A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação/elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos. Nesse sentido, já fez ver Kaufmann que o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, nem fora dele, mas sim na pessoa humana, tomada com um conjunto de relações, que deve necessariamente figurar como o seu objeto de proteção, atendendo-se, ainda ao fato de que numa sociedade pluralista e de risco, dada a variedade de normas, nem sempre é

possível ao autor tomar conhecimento do dever jurídico, concretizando sua compreensão através da reiteração de condutas arriscadas e por isso mesmo induzindo à edificação do princípio da tolerância, ao lado da responsabilidade. Por outro lado, atendendo a esse mesmo contexto, e a carência de legitimidade dos processos de imputação, a democratização do processo de participação pressupõe antes de tudo uma reorientação de rumos no que toca à solução dos conflitos, principalmente do conflito resultante do delito. Essa reorientação de rumos sugere duas ordens de proposições: a primeira, no sentido de que o processo de imputação como culpabilidade deva ser delimitado não apenas pelo princípio da necessidade da pena, como propugna Roxin, ou pelo princípio da tolerância, senão também pela demonstração de que a pessoa imputada, tendo em vista sua capacidade e o papel social que desempenha na situação concreta, possa preencher efetivamente os elementos positivos do processo de imputação, de cuja formulação normativa pudesse concretamente participar, apesar de seu desajuste. A segunda, no sentido de que a imputação como culpabilidade se torna desnecessária na medida em que os conflitos tenham sido solucionados por outro modo, com a participação da comunidade. Essas proposições não resolvem a questão da legitimidade da imputação como culpabilidade, e nem têm a finalidade de legitimá-la, apenas constituem formas menos dolorosas e mais democráticas de solução de conflitos”²⁷.

Eis a importância de um novo fundamento ético-material para a culpabilidade, desenvolvido a partir da Ética da Alteridade (Levinas) e da Ética da Libertação (Dussel), consciente das formas de violência (estrutural e institucional) impingidas aos povos pertencentes à periferia do capitalismo neoliberal.

3. Culpabilidade, Alteridade e Libertação: momento material e verdade ética

Nas palavras de Zaffaroni, “a culpabilidade como reprovabilidade está em crise, tornando-se insustentável devido à deslegitimação da reprovação, dado que a seletividade e a reprodução da violência subtraem-lhe todo sentido ético. Por outro lado, não resulta possível construir a culpabilidade sem uma base ética, sob pena de se reduzi-la a um instrumento proveitoso ao poder, que deslegitimaria a intervenção judicial que a utilizasse, mas, ao mesmo tempo, a conservação desta base na forma tradicional não é mais que uma racionalização”²⁸. A base reivindicada pelo grande penalista e

²⁷ TAVARES, Juez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 6, v. 24, p. 145-156, out.1998.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 268-270.

criminólogo argentino será, na perspectiva do presente trabalho, a Ética da Alteridade (Levinas), com a releitura antropológica da Ética da Libertação (Dussel)²⁹.

A Ética da Libertação parte dos excluídos da comunidade de comunicação (vítimas da não-comunicação), enquanto que a Ética do Discurso se limita à comunidade de comunicação. A Ética da Libertação está vinculada à alteridade e, portanto, à exterioridade do outro negada pelo consenso da Ética do Discurso. O ponto de partida deve ser a vítima³⁰, o outro, que não é uma pessoa igual na comunidade argumentativa; é aquele outro apoditicamente negado-oprimido (*principium oppressionis*) em algum aspecto e também afetado-excluído (*principium exclusionis*).

Desde a *razão ético-crítica* os procedimentos da moral formal para obtenção da validade intersubjetiva no campo da culpabilidade podem ser classificados como pré-críticos, ou seja, representam uma dimensão essencial da vida humana, mas são insuficientes para o reconhecimento da verdade prática, de modo que devem se ligar ao momento material (de conteúdo ético) para a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em comunidade*³¹. Como observa Franco Berardi, “só o sofrimento e o prazer do organismo consciente – individual ou coletivo – são critérios úteis para um juízo ético e político que não pressuponha posições de valor de tipo idealístico (como a de autenticidade humana) ou hipostático (como a de natureza humana)”³².

Para afastar a incongruência dos métodos na construção do fundamento material da culpabilidade, é proposto um diálogo com a Ética da Alteridade (Levinas) e a releitura antropológica realizada pela Ética da Libertação (Dussel).

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico...*, p. 269: “A ‘ética da alteridade’ é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos”.

³⁰ DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política...*, p. 97: “As vítimas do sistema político vigente *não-podem-viver* plenamente (por isso são vítimas). Sua *Vontade-de-Viver* foi negada pela *Vontade-de-Poder* dos capitalistas”.

³¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 185: “Para uma Ética da Libertação as regras formais intersubjetivas da argumentação prática têm sentido como procedimento para aplicar as normas, mediações, fins e valores de culturas, geradas a partir do âmbito do ‘princípio universal material’, que é pré-ontológico e propriamente ético”

³² BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade...*, p. 21.

3.1. Culpabilidade e a Ética da Alteridade em Levinas

A alteridade, maior legado epistemológico de Levinas, é urgente em um contexto social e cultural aonde vem imperando o narcisismo e o cinismo, ou seja, em um momento histórico onde há grande fragmentação social, um culto ao egoísmo e indiferença em relação ao outro, culminando na proliferação de atos violentos, como, por exemplo, a exclusão social e os crimes em geral praticados por agentes públicos e privados; enfim, negação da vida para a preservação da ordem capitalista neoliberal e a racionalidade inerente a ela. O agir do sujeito que adere à racionalidade neoliberal se volta exclusivamente para si, constituindo um eixo de desumanização. Em um cenário desse matiz, a intersubjetividade e a responsabilidade por outrem perdem espaço para a satisfação ilimitada do gozo de um ego narcísico, orientado por uma razão cínica (fundada na aceitação da morte do outro) e intolerante, que nega a vida do outro no momento da prática de um crime ou no momento de julgar (inquisitorialismo e fascismo processual) e castigar (eficientismo penal) (i)legitimamente qualquer prática delituosa.

Nesse contexto, o pensamento de Levinas representa uma fonte filosófica – exposição à luz; desvelamento – para a transformação ética das normas, atos, instituições do Sistema de Justiça Criminal, porque nele a ética surge como “*prima philosophia*” (anterior à ontologia)³³, fazendo frente às totalidades sistêmicas (à la Jakobs³⁴) e aos imperialismos do eu narcísico e cínico. Levinas vê a alteridade como anterioridade, significação que antecede toda compreensão: “antes da ontologia, enquanto gesto do ser, está a revelação do Outro, como significação originária [...] não é mais o Eu que comanda a ordem do entendimento, é o Outro”³⁵.

Por tal razão, a (re)construção do fundamento material da culpabilidade com a superação do egoísmo e do materialismo vulgar, para a promoção do ser humano fraterno, solidário e justo, depende do reconhecimento da Ética da Alteridade como filosofia primeira, pois é um movimento que sempre se volta ao outro, afastando-se do poder e da dominação de reducionismos ontológicos (pretensão cognoscitiva do sujeito)

³³ As relações entre os seres humanos antecede qualquer compreensão a respeito do conhecimento do ser em geral (ontologia fundamental). Representam a vida em sua essência. A relação com outrem é o começo do inteligível. Daí a ética ser, em Levinas, a “filosofia primeira”. Como adverte Dussel, Levinas busca “situar-se sistematicamente a partir de fora da mera ordem gnosiológica”. Ver: DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 353. Também: DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 128-129.

³⁴ Ver: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções críticas*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

³⁵ MELO, Nélvio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 31.

e esquematismos lógicos que imprimem ao *outro* a totalidade do *mesmo*. A Ética da Alteridade revira o princípio do domínio do eu³⁶.

Para a mudança de concepção aqui proposta (revolução paradigmática)³⁷, é fundamental que o Estado, configurando o eu, mova-se para o outro, em um exercício de alteridade que privilegie o acolhimento e a hospitalidade do outro, que é o verdadeiro, autêntico e legítimo destinatário da norma jurídica. O eixo da teoria da culpabilidade deve se afastar de qualquer pretensão egoística do eu ou do nós (mesmidade) e privilegiar a Ética da Alteridade, efetivando a inunção do outro sobre o eu. É interrompendo-se a totalidade do ser para além-do-ser que haverá libertação e redenção transcendentais para humanização do Direito Penal. Para o eu não perder a condição humana é imanente a assunção da responsabilidade pelo outro. Afinal, a única fonte das relações humanas é o outro (responsabilidade de refém)³⁸.

O outro é o ponto de partida e de chegada para a Ética da Alteridade³⁹. Segundo Levinas, o sujeito ético é aquele fundado na intersubjetividade, observada a transcendência do “para-o-outro” (responsabilidade por outrem), na vida vivida pelo humano (“devotar-se-ao-outro”)⁴⁰. O *para-si* se converte em *ser-para-o-outro* ou *ser-pelo-outro*, como se fosse *ter-o-outro-na-sua-pele*⁴¹. A transcendência das limitações materialistas e individualistas do eu promove a abertura para o outro, permitindo a sua aceitação e promovendo pleno respeito a ele, sem indiferença, repulsa, exclusão ou

³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico...*, p. 270: “A exigência de uma nova ordem fundante implica o desafio de romper com a ‘totalidade’ ontológica do pensamento moderno europeu, caracterizado por um idealismo individualista e por um subjetivismo centrado no ‘Eu Absoluto’”.

³⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 147: “Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas veem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente”.

³⁸ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. p. 119: “‘Ser mantido refém’ significa que algo me envolve, invade-me de modo que não consigo me libertar [...] no nível mais primário, os outros agem sobre nós de maneiras sobre as quais não temos nada a dizer, e que essa passividade, susceptibilidade e condição de *ser invadido* inaugura quem sou”.

³⁹ MELO, Nélvio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 71: “A transcendência do sujeito é a própria infinitude pessoal, a saída de si para o mundo misterioso do outro, que se revela somente pelos rastros da sua passagem”.

⁴⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. 3. ed. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 187: “A relação com outrem é a única que introduz uma dimensão da transcendência e nos conduz para uma relação totalmente diferente da experiência no sentido sensível do termo, relativa e egoísta.

⁴¹ MELO, Nélvio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 64.

descaso⁴². Enfim, a alteridade é a superação do pensamento egoístico e do primado da ontologia. Nas palavras de Levinas:

“... a possibilidade de um-para-o-outro, um para o outro, que é o acontecimento ético. Na existência humana que interrompe e supera seu esforço de ser – seu *conatus essendi* spinozista – a vocação de um existir-para-outrem mais forte que a ameaça da morte; a aventura existencial do próximo importa ao seu antes que a sua própria, colocando o eu diretamente como responsável pelo ser de outrem; responsável, quer dizer, como único e eleito, um eu que não é mais um indivíduo qualquer do gênero humano”⁴³.

A razão ética nasce da responsabilidade pelo outro (conteúdo último do ético). O “para-o-outro” obriga⁴⁴. A responsabilidade por outrem impede que o eu exija qualquer contraprestação do outro na mesma intensidade. Não é uma obrigação recíproca, a exemplo da lógica sinalagmática do contratualismo burguês. É gratuidade total. A responsabilidade do eu pelo outro é assimétrica: o eu tem a responsabilidade total, respondendo infinitamente por si e por todos os outros⁴⁵. Segundo Carlos Eduardo Nicoletti Camillo,

“a partir do momento em que o Eu é responsável por tudo e por todos, a mais efetiva e imparcial justiça para com os Outros será aquela que tem conservado o espírito do des-inter-esse que anima a ideia da responsabilidade pelo Outro. A responsabilidade pelo Outro, mais que uma mera incumbência, revela-se como um verdadeiro desígnio da humanidade, cujo encargo não se permitiria recusar, pois é personalíssimo”⁴⁶.

Será a responsabilidade por outrem o momento ético dominado por um amor sem concupiscência (desejo desinteressado, generoso), como os garotos (pobre e rico) retratados no premiado curta metragem egípcio *The Other Pair*, dirigido por Sarah Rozik e com roteiro de Mohammed Maher⁴⁷. É ir ao encontro do rosto de outrem

⁴² CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Levinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 43-44.

⁴³ LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (*et al.*). Petrópolis: Vozes, 1997. p. 19.

⁴⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 371.

⁴⁵ MELO, Nélio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 63: “Quanto mais o sujeito responde ao imperativo do outro, mais responsável se faz em relação a ele”.

⁴⁶ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica...*, p. 55-56.

⁴⁷ ROZIK, Sarah. *The Other Pair* [filme-vídeo]. Egito. 2014. 4 min. color. son. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BN7px3XzRoU>> Acesso em 04 jul. 2017.

generosamente, despendo-se de qualquer interesse pessoal ou expectativa de benefício próprio⁴⁸. Em última análise: sair da condição de *homo oeconomicus*.

Diante do rosto de outrem, a subjetividade desperta do egológico (egoísmo e egotismo), perdendo sua prioridade, especialmente porque, em um mundo repleto de guerras, fome, exclusão e morte, a preocupação consigo mesmo é “tragicômica”, sendo ilusório privilegiar o sujeito da modernidade, supostamente racional (*animal rationale*)⁴⁹. A identidade do eu humano se estabelece a partir dessa responsabilidade por outrem: uma deposição do eu soberano na consciência de si. Explica Nélio Vieira de Melo que “o *para-o-outro* é o evento do sujeito transcendente, que tem no outro o seu libertador e a sua fonte de significação; ser *para-o-outro* é um modo de ser que revela a abertura ao infinito de maneira pessoal-responsável, porque é inteiramente obsesso pelo outro”⁵⁰. A possibilidade de libertação da subjetividade enclausurada depende da alteridade do outro. É a responsabilidade pelo outro que torna o eu livre do egoísmo e que lhe dá identidade humana (*eu-sou-outro*)⁵¹. É nesse contexto que se pode compreender a relação ética como anterioridade metafísica: primeira relação social e primeiro mandamento. Para Dussel, toda a “ordem do saber” é uma resposta a esta “responsabilidade obrigante”⁵².

Em termos humanísticos, essa responsabilidade é uma incumbência irrecusável, encargo que dá suprema dignidade ao único, ao Eu⁵³. A esse respeito afirma Dussel: “quando o outro aparece em posição de assimetria (que enquanto vítima vem ‘de cima’ e como ‘superior’ eticamente: me obriga), a vontade fica antes de toda decisão impactada como ‘re-sponsável’ (como o que antes de tudo assume o outro)”⁵⁴. Nessa perspectiva, onde a responsabilidade por outrem é algo constitutivo dos sujeitos – sem o outro o eu não possui sentido –, ocorre uma abertura para a *exterioridade do outro*, reconhecendo que cada um de nós é apenas uma parte do todo: consciência de

⁴⁸ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica...*, p. 47: “... o Rosto [...] convoca o Eu ao movimento da responsabilidade ética para com o Outro, viabilizando a alteridade ética do Ser em direção ao infinito. E assim é que o Eu, naturalmente finito, por meio da condução e do discurso ético do Rosto, deixa de ser um sujeito egoísta, materialista e individualista ao perceber e acolher o Outro, essencialmente infinito, numa rara expressão da humanidade do homem”.

⁴⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 83.

⁵⁰ MELO, Nelio Veira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 83.

⁵¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Francisco Xavier. Estima de sí y alteridad: una reflexión a partir de Paul Ricoeur y de Emmanuel Levinas. *Franciscanum*. Bogotá, a. 55, n. 160, p. 111-133, jul-dez/2013. p. 124.

⁵² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 371-372.

⁵³ LEVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito...*, p. 92-93.

⁵⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 368.

sua particularidade⁵⁵. Razão e linguagem surgirão somente a partir dessa relação “face a face” com outrem.

Ressaltando a infinitude da responsabilidade pelo outro, Levinas irá afirmar que “outrem, como outrem, não é somente um *alter ego*. Ele é o que eu não sou: ele é o fraco enquanto eu sou forte ele é o pobre; ele é a ‘viúva e o órfão’ (...) A exterioridade social é original e nos faz saída das categorias de unidade e de multiplicidade que valem para as coisas”⁵⁶. Enfim, outrem é, antes de tudo, aquele por quem sou responsável e “é sempre a partir do rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça, que comporta julgamento e comparação, comparação daquilo que, em princípio, é incomparável, pois cada ser é único; todo outrem é único”⁵⁷. Nélio Vieira de Melo explica que “a nudez do rosto anuncia a vulnerabilidade do existente, a fraqueza da pessoa diante das totalidades autossuficientes, para os quais só existe um caminho: a identificação, a adequação da pessoa ao sistema. Nesse contexto, os ‘inadequados’ passam pelo fio da re-orientação ou da eliminação sistemática”⁵⁸. Por isso, a noção de culpabilidade fundada em juízos formais de reprovabilidade representam negação da alteridade e conservação de sistemas totalitários.

Desde a Modernidade, no desenvolvimento daquilo que se considerará Justiça, inexoravelmente, surgiram instituições de Estado com o objetivo de estabelecer responsabilidades àqueles que praticam condutas desviantes, impondo certo grau de violência por meio da pena criminal, vinculada ao juízo de reprovação fixado no âmbito da culpabilidade. Mas, tomando o outro a sério, somente a partir do “rosto de outrem” é que o Estado – ou o Sistema de Justiça Criminal – adquirirá legitimidade nas suas ações⁵⁹. Levinas afirmará: “na realidade, sou responsável por outrem, mesmo quando pratica crimes, mesmo quando outros homens cometem crimes [...] todos os homens são responsáveis uns pelos outros, ‘e eu mais que todo mundo’”⁶⁰. É da filosofia

⁵⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós...*, p. 36: “O pensamento começa, precisamente, quando a consciência se torna consciência de sua particularidade, ou seja, quando concebe a exterioridade para além de sua natureza de vivente, que o contém; quando ela se torna consciência de si ao mesmo tempo que consciência de exterioridade que ultrapassa sua natureza, quando ela se torna metafísica”.

⁵⁶ LEVINAS, Emmanuel. *Da Existência ao Existente*. Trad. Paul Albert Simon, Ligia M. de Castro Simon. Campinas: Papirus, 1998, p. 113.

⁵⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós...*, p. 144.

⁵⁸ MELO, Nélio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 94.

⁵⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós...*, p. 145-146: “... é a partir da relação com o Rosto ou de mim diante de outrem que se pode falar da legitimidade do Estado ou de sua não-legitimidade. Um Estado em que a relação interpessoal é impossível, em que ela é por antecipação dirigida pelo determinismo próprio do Estado, é um Estado totalitário. Há, pois, um limite para o Estado”.

⁶⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós...*, p. 148.

levinasiana, com apoio na literatura de Dostoiévski⁶¹, considerar o eu o mais culpado de todos, ou seja, cada um de nós tem uma obrigação infinita perante outrem, deixando de interrogar sobre reciprocidade, assumindo uma responsabilidade ao se aproximar do rosto, ciente que nunca está quite com o próximo. Enfim, “o único valor absoluto é a possibilidade humana de dar, em relação a si, prioridade ao outro”⁶².

No âmbito de uma filosofia aplicável à teoria da justiça são pertinentes as seguintes ponderações de Levinas:

“A justiça não é justiça a não ser numa sociedade na qual não há distinção entre próximos e distantes, mas na qual é impossível também colocar-se do lado dos mais próximos; na qual a igualdade de todos é medida por minha desigualdade, pelo mais de meus deveres sobre meus direitos. O esquecimento de si move a justiça. Por isso não deixa de ter importância o saber se o Estado igualitário e justo no qual o homem se realiza... procede de uma guerra de todos contra todos ou da responsabilidade irreduzível do *um* para com todos e se pode dispensar-se da amizade e do rosto...”⁶³.

Essas observações éticas de Levinas são indispensáveis para a construção de um fundamento ético-material para a culpabilidade. A responsabilidade irrecusável – obrigante – em relação ao outro implica o desenvolvimento de uma nova dogmática penal em relação à culpabilidade. Afinal, “culpabilidade e inocência supõem um ser, que não coincide com a totalidade do ser, já que ele é culpado ou inocente em relação a outrem, ou, ao menos, em relação a um princípio que ultrapassa o eu [...] culpabilidade e inocência supõem que o ser livre pode lesar um ser livre e sofrer as repercussões do mal que terá causado e, conseqüentemente, que a separação entre seres livres no seio da totalidade permanece incompleta”⁶⁴. Evidentemente é indispensável o afastamento de qualquer matriz maniqueísta na construção de um fundamento ético-material para a culpabilidade. A tradicional pretensão de reprovação na formação da vontade não é suficiente para haver respeito à exterioridade do outro, pois ela simplifica a complexidade das relações de poder em uma determinada estrutura social, eliminando a responsabilidade pelo outro inerente à ética. O *establishment* busca negar a alteridade

⁶¹ DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikhailovitch. *Notas do subsolo*. Trad. Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 10: “O mais importante é que, por mais que se reflita a respeito, de qualquer maneira resulta que eu sempre sou o principal culpado de tudo e, o que é mais lastimável, sou culpado sem culpa e de acordo com as leis da natureza, por assim dizer”.

⁶² LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós...*, p. 150.

⁶³ LEVINAS, Emmanuel. *De outro modo que ser o más alla de la essência*. Trad. Nijhoff Haia. Salamanca: Sígueme, 1987. p. 203 *apud* DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 412.

⁶⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós...*, p. 40.

do outro, a partir de um fetiche de si próprio, forjando sujeitos iguais no sentido de eliminação dos obstáculos para a preservação da totalidade que o constitui. Essa forma tradicional de fundamentar a culpabilidade está ligada à ideologia bélica de “guerra contra o crime”⁶⁵, cujos resultados históricos são inequivocamente inúteis para os fins declarados pelo discurso jurídico oficial. Os sujeitos desviantes – geralmente o *outro* negado pela totalidade punitivista – são vistos como obstáculos a serem neutralizados seletivamente⁶⁶. Já a alteridade nega qualquer modelo ideal ou fechado (totalizante). As aberturas da alteridade mantêm o diálogo com as exterioridades. É o *antifetichismo*: abertura ao *infinito* ou à *exterioridade* (lugar de todas as alteridades)⁶⁷. Levinas sustentará que “a teoria onde surge a verdade é a atitude de um ser que desconfia de si próprio. O saber só se torna saber de um facto se, ao mesmo tempo, for crítico, se se puser em questão, se remontar além da sua origem”⁶⁸. Portanto, a construção de um novo fundamento ético-material para a culpabilidade exige uma *razão ético-crítica* (essência do saber)⁶⁹, colocando em questão a fundamentação tradicional (reprovabilidade). Sem essa perspectiva, o conhecimento fica reduzido ao dogmatismo totalizante e ao solipsismo:

“O saber, cuja essência é crítica, não pode reduzir-se ao conhecimento objectivo; conduz para Outrem. Acolher Outrem é pôr a minha liberdade em questão [...] a evidência do *cogito* – em que conhecimento e conhecido coincidem sem que o conhecimento tenha tido de intervir, em que o conhecimento, por consequência, não comporta nenhum compromisso anterior ao compromisso presente, em que o conhecimento está, a cada instante, no começo, em que o conhecimento está em situação (o que, aliás, é característica própria de toda a evidência, pura experiência do

⁶⁵ SUSIN, Luiz Carlos. Lévinas: a ética é a ótica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e Liberdade*: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis/RJ: Vozes, 1993. p. 340: “A guerra está intrinsecamente ligada à vontade de totalidade, é a forma mais misteriosa e trágica da festa de totalização”.

⁶⁶ O novo discurso, o discurso da “criminologia do outro” ou “o inimigo” sustenta que a periculosidade dele decorrente deve ser gerida por técnicas de neutralização. Trata-se de um discurso bélico, com uma postura defensiva e agressiva (visando a *neutralização seletiva e preventiva*). PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos...*, p. 155: “... a gestão administrativa das penas fala uma outra língua: não mais aquela de punir os indivíduos, mas de gerir grupos sociais em razão do risco criminal; não mais aquela correcionalística, mas aquela burocrática de como otimizar os recursos escassos, em que a eficácia da ação punitiva não está mais em razão dos 'telos' externos ao sistema (educar e intimidar), mas em razão de exigência intrassistêmicas (neutralizar e reduzir riscos)”.

⁶⁷ A relação com o outro não corresponde à totalidade (divina ou humana); não é totalização da história, é infinito. Ver: LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito...*, p. 39-40.

⁶⁸ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito...*, p. 72.

⁶⁹ Em sua “Tese 4”, Dussel afirma: “o ‘ético-crítico’ indica o momento próprio da ética de libertação. A ética é crítica a partir das vítimas, a partir da alteridade. É o ‘ético’ como tal, ou o face-a-face como encontro de pessoas”. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 633.

presente sem condição nem passado) – não pode satisfazer a exigência crítica, porque o começo do *cogito* lhe é anterior”⁷⁰.

Ocorre, assim, o denucleamento do ser e da identidade, como sustentado por Susin: “antes da filosofia, porém, há a experiência ética, e antes da experiência ética há esta novidade absoluta do ‘outro’ na palavra e na face, na linguagem e na corporeidade, que desenfeitiça o mundo e o sistema solitário do ser”⁷¹.

Fica claramente perceptível que um dos maiores problemas do fundamento tradicional da pretensão de reprovação no âmbito da culpabilidade está no fato de gerar uma autonomia totalizante no nível formal de meios-fins, o que é inaceitável desde os fundamentos da Ética da Alteridade, especialmente quando é feita uma releitura antropológica a partir da Ética da Libertação.

3.2. Culpabilidade e a Ética da Libertação em Dussel

Para além do nível moral formal da Ética do Discurso, onde imperam consensos totalizantes que negam a exterioridade do outro, preservando a negação dos excluídos, deve a culpabilidade se fundamentar também nos primados da Ética da Libertação, que reforça os fundamentos do estatuto da alteridade levinasiano.

A Ética da Libertação desenvolvida por Dussel tem como conteúdo a vida humana (*princípio material universal*), que não é um conceito, uma ideia ou um horizonte ontológico abstrato. É o modo de realidade de cada ser humano concreto, condição absoluta da ética e exigência de toda libertação. É o lugar onde está o conteúdo das suas ações, pulsões e desejos, e onde serão fixados os fins para satisfação das exigências da vida humana. A corporalidade, a sensibilidade e a vulnerabilidade do homem condicionam e limitam as suas ações⁷². O *juízo de fato* admitido pela Ética da Libertação não é meramente instrumental ou formal, mas um enunciado de realidade, material, e, como tal, um enunciado sobre um sujeito vivente como humano. Segundo Dussel:

“Aquele que atua humanamente sempre e necessariamente tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento auto-

⁷⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito...*, p. 75.

⁷¹ SUSIN, Luiz Carlos. *Lévinas: a ética é a ótica...*, p. 341-342

⁷² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 131-132.

responsável da vida de cada sujeito humano numa comunidade de vida, como cumprimento material das necessidades de sua corporalidade cultural (a primeira de todas o desejo do outro sujeito humano), tendo por referência última toda a humanidade”⁷³.

Em sua “Tese 3”, Dussel rechaça o vitalismo materialista e o conservadorismo dominador (como, por exemplo, a *wille zur macht* – vontade de poder – narcisista). Sustenta que a vida humana é a “condição absoluta material intrínseca da racionalidade”, de modo que deve estar acima de qualquer racionalismo reducionista. A razão é a “astúcia” da vida, serve como exercício intersubjetivo, e não pode estar acima da própria vida⁷⁴. A sensibilidade (corporalidade sensível prévia à razão) é pré-ontológica. Segundo o filósofo latinoamericano, num diálogo com o pensamento levinasiano:

“É a partir desta anterioridade que o *eu* se abre ao mundo, e nele irrompe de maneira imediata, como o posterior, o pós-ontológico, a partir da hospitalidade de psiquismo do que se situa na *exterioridade* do horizonte do mundo, o ‘rosto e sensibilidade’, o outro a partir de sua transcendentalidade”⁷⁵.

Isto serve de alerta para o racionalismo formal dos discursos oficiais a respeito da culpabilidade, cujo teor cria obstáculos à concretização da vida. Essa compreensão material da Ética da Libertação é pressuposto para o desenvolvimento da *razão ético-crítica* diante de qualquer ato, norma, instituição ou sistema de eticidade, aqui incluído, por óbvio, o fundamento ético-material da culpabilidade. É da essência da transformação aqui proposta que, desde a alteridade levinasiana e a Ética da Libertação, ocorra uma assunção de responsabilidade irrecusável em relação ao outro (especialmente ao outro em posição de assimetria, vulnerável)⁷⁶. Trata-se do conteúdo ético último no pensamento de Levinas: o “para-o-outro” (responsabilidade que obriga). E isso deve ser preconizado não só em face do sujeito desviante, mas, especialmente, em face do poder punitivo estatal, restando impedida qualquer pretensão de vingança privada ou coletiva. Assim, nasce a *razão ética*, a única sustentável no pensamento de

⁷³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 134.

⁷⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 632.

⁷⁵ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 367.

⁷⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Francisco Xavier. *Estima de sí y alteridad...*, p. 123: “Yo no puedo dormir tranquilo o tener estima por mí mismo mientras que el otro llama a mi puerta y no ha comido todavía”.

Dussel⁷⁷. Aqui merecem ser transcritas as críticas que Dussel faz ao racionalismo lógico, à ontologia de Heidegger e à fenomenologia tradicional, com apoio no pensamento de Emmanuel Levinas:

“... o mundo da afetividade, da corporalidade, a materialidade das pulsões, ‘o gozo em si da vida amando a vida (*complaisance em soi de la vie aimant la vie*)’, de nenhuma maneira nega a razão, mas marca seus limites: nem tudo é racional!, diz-nos Lévinas e tem ‘razão’ – pelo menos para uma Ética da Libertação, que é libertação de ‘vítimas’ e não de ‘satisfeitos’. A ontologia heideggeriana, a fenomenologia tradicional, as lógicas linguísticas do sentido-significação e também da validade intersubjetiva, etc., são filosofias de ‘satisfeitos’ – cuja satisfação é ‘ponto de partida’, inadvertido e tomado como ‘realidade’ sem mais e sem questionar. Defrontar-se com ‘insatisfeitos’ (as vítimas, os pobres, as mulheres violentadas...) é começar a perguntar-se por toda esta dimensão que Lévinas nos abre de *outra maneira* que Marx, Horkheimer, Freud... mas de acordo com eles no fundo”⁷⁸.

O agir eticamente está atrelado, portanto, à obrigação de *produzir, reproduzir e desenvolver a vida concreta de cada sujeito humana em comunidade*⁷⁹. Algo inatingível pela via dos discursos criminalizantes hegemônicos na era neoliberal. O simples trabalho interpretativo do conceito de culpabilidade proposto pela dogmática tradicional (positivismo abstrato e antidialético) pressupõe a aceitação das bases do Sistema de Justiça Criminal. Porém, uma práxis de libertação exige transformação, a partir da *razão ético-crítica*, fruto da consciência ético-crítica: exercício da razão material e formal, ética e comunitário-discursiva enquanto dialogicidade. O fundamento tradicional da culpabilidade – reprovação – busca realizar o “bem”, constituindo um elemento do conceito analítico de infração penal. Mas, esse momento moral formal que o constitui tem efeitos negativos ou ruins – não intencionais. O re-conhecimento das vítimas (carente de vida em alguma dimensão; não realização pulsional quanto à autoconservação) constitui o momento *analético* da dialética. Assim é possível perceber a “não-verdade” (Adorno) do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal: resultado

⁷⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 371.

⁷⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 412.

⁷⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 143: “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 (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) 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”

das normas, instituições e ações de um sistema que produzem vítimas⁸⁰. Desde um juízo empírico de fato se evidencia a “não-verdade” do Sistema de Justiça Criminal, restando demonstradas: a) a não diminuição das diversas formas de violência; b) a não prevenção da pena criminal; c) a não preservação da vida no cárcere. Logo, a “verdade” de caráter formal do fundamento trivial da culpabilidade (reprovação) é negada empiricamente a partir da negação da vida concreta de vítimas históricas do Sistema de Justiça Criminal. Somente com consciência ético-crítica é possível transformar o fundamento material da culpabilidade. E a partir da constatação da produção de efeitos negativos não-intencionais se torna necessária a crítica ético-material, desde a realidade concreta da maioria da humanidade⁸¹. Um giro filosófico e criminológico descolonizador deve atuar sobre a dogmática penal, buscando a construção de um novo fundamento ético-material para a culpabilidade – aqui proposta a *alteridade do outro*⁸². Tal fundamento deve ser pensado desde a *intersubjetividade simétrica das vítimas em comunidade*. Ou seja: ao invés da preservação do modelo social e econômico vigentes, da simetria hegemônica opressora, dependente da criminalização de sujeitos excluídos, um novo fundamento material da culpabilidade deve ser pensado a partir da exterioridade do outro, a partir daqueles que são a maioria e que estão igualmente em situação de exclusão. Sem a percepção do caráter pernicioso do formalismo dos discursos jurídicos oficiais e da correlata exclusão material (negação) da vida de sujeitos vitimados pelo atual Sistema de Justiça Criminal não haverá uma dialética contraditória.

É necessário reconhecer que o primeiro desafio para a construção de um novo fundamento ético-material para a culpabilidade está na ausência de reconhecimento da crise dos fundamentos tradicionais, alheios à flagrante exclusão social e à dominação de classe a que estão as vítimas do modelo econômico capitalista neoliberal. Na sequência, é necessário demonstrar, a partir da vida cotidiana, da realidade empírica, os efeitos negativos – não intencionais – do modelo jurídico penal vigente.

Ocorre que, tradicionalmente, o Direito Penal dos países latinoamericanos é um lugar por excelência para a colonização das subjetividades de sujeitos historicamente subjulgados pelo poder colonizador visível nos interesses de mercado e da economia política em geral. Um caminho para a libertação dessa lógica colonizadora e totalizante

⁸⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 375.

⁸¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 315-316: “A alteridade das vítimas descobre como ilegítimo e perverso o sistema material dos valores, a cultura responsável pela dor injustamente sofrida pelos oprimidos, o ‘conteúdo, o ‘bem’ (o que chamamos em outro trabalho *principium oppressionis*)”.

⁸² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 16: “O Outro será a/o outra/o mulher/homem: um ser humano, um sujeito ético, o rosto como epifania da corporalidade vivente humana”.

– condição para uma existência autêntica – é a construção de um novo fundamento ético-material para a culpabilidade. Um novo fundamento a partir da alteridade. É preciso deixar a condição de “ser interpretado”, fugir do “poder pastoral” da dogmática europeia ou das estratégias bélicas dos Estados Unidos da América que fundam os tradicionais e hegemônicos discursos de criminalização. É necessário ter consciência de que em um quadro social de grande exclusão, a ameaça de perda da liberdade não produz o efeito desejado sobre sujeitos desviantes, especialmente, naqueles que estão em situação de extrema miséria ou que, embora bem situados no quadro socioeconômico, percebem a ineficiência do sistema para além daquilo que Zaffaroni denomina “obra tosca da criminalidade”⁸³: nos primeiros – os excluídos – o “contrato social” (mito liberal burguês) não produz qualquer sentido, já que não participam do desenvolvimento das “cláusulas” e muito menos dos direitos nele estabelecidos; nos últimos – aqueles que percebem a ineficácia do Sistema de Justiça Criminal para além da “criminalidade de rua” ou “criminalidade de varejo” – não produz qualquer sentido diante da busca ilimitada de satisfação das suas pulsões egoísticas, típicas de uma estrutura psicológica narcisista e cínica que constitui a racionalidade neoliberal.

É preciso reconhecer a partir da alteridade que, só é criminalizado aquilo que é desejado. Nos casos de corrupção, por exemplo, a “onda de combate”, defendida em discursos inflamados e responsável por solapar direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo penal, configura um sintoma de uma sociedade altamente corrompida pelos ideais de consumo, onde o poder financeiro configura o maior fetiche⁸⁴. O fundamentalismo da “guerra contra o crime” só demonstra que os seus corifeus desejam sufocar em si aquilo que mais odeiam nos outros, demonstrando o caráter endêmico das condutas desviantes em uma sociedade corrompida⁸⁵. Essa constatação é indispensável para perceber que as estratégias do eficientismo penal

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. 1. p. 46. Trata-se, essencialmente, da “criminalidade de rua” ou “criminalidade de varejo”, com destaque aos crimes patrimoniais e a narcotraficância.

⁸⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002. p. 51: “Sobre a mencionada teoria freudiana do ‘delito por sentimento de culpa’, Theodor Reik funda uma teoria psicanalítica do direito penal baseada sobre a dupla função da pena: a) a pena serve à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação com o delinquente”.

⁸⁵ CALLIGARIS, Contardo. Nossas futilidades. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 19 nov. 2015. p. C8: “Os jihadistas atacam em nós o que mais os seduz. O que eles odeiam são os atos e os pensamentos que eles precisam destruir dentro de si. Os mortos de Paris, para os jihadistas, não são pessoas (sequer ‘infieis’): eles são os representantes de suas próprias tentações internas. Como sempre, os moralistas perseguem (e até exterminam) seus próprios desejos rebeldes”.

(Direito Penal do Inimigo, *Window Broken Theory*, *Zero Tolerance*, etc.) apenas mascaram um problema que está enraizado na cultura de uma determinada formação social. A sociedade de consumo inspira sujeitos insaciáveis, sempre em busca de mais (dinheiro e poder) para preencher um vazio existencial gerado pela ausência de limites. São os sujeitos que “vivem sem outrem”: os *neossujeitos*⁸⁶.

Essas constatações servem para demonstrar que não serão os aparelhos repressivos de Estado os responsáveis pela efetiva proteção de bens jurídicos, especialmente a vida. São necessárias outras mediações.

Com a fragmentação social (enfraquecimento do laço social), decorrente do neoliberalismo, do medo, da burocracia estatal e da nadificação do outro, há um esquecimento da alteridade, aumentando os atos de violência (pública e privada), trazendo como consequência a intolerância e criando um círculo vicioso assim resumido:

- i. Quanto mais distantes as pessoas estão umas das outras, mais indiferentes entre si ficam;
- ii. Quanto mais indiferentes entre si, mais violentas as pessoas se tornam;
- iii. Quanto mais violentas as pessoas se tornam, mais intolerantes eles ficam;
- iv. Quanto mais intolerantes elas ficam, mais violentas se tornam;
- v. Quanto mais violentas as pessoas se tornam, mais indiferentes ficaram entre si;
- vi. Quanto mais indiferentes entre si, mais distantes as pessoas estarão.

A psicologia comportamental reforça essa tese ao afirmar que “os maus comportamentos de pessoas como nós não são apenas mais perdoáveis, como também mais passíveis de esquecimento”⁸⁷. A categorização de sujeitos em *pessoas* e *não-pessoas* (*Unpersonen*), *amigos* e *inimigos*, *mocinhos* e *bandidos*, *nós* e *eles*, promove mais violência em face da intolerância à assimetria que tendencialmente se instala entre seres humanos que não reconhecem a alteridade do outro. Para Daniel Kahneman, “é muito mais fácil, além de ser muito mais prazeroso, identificar e classificar os erros dos

⁸⁶ Ver: LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. O desabamento da *transcendência* e a *crise do patriarcado* contribuíram para o surgimento de um sujeito contemporâneo: o *neossujeito* (um *sem outrem*), generalizando a *perversão comum* (não estrutural). São características dos *neossujeitos*: a) submete-se a tiranias sociais para conservar o seu lugar de escolha; b) absorve tudo que o cerca, sendo muito sensível à mídia; c) tem necessidade de emoções intensas; d) reivindica escolher a partir de si mesmo; e) nele, o gozo prevalece sobre o desejo, sendo incapaz de deixar o gozo; f) tem dificuldades com a temporalidade; g) está exposto à depressão por ter perdido o laço com o terceiro (outrem); h) permaneceu apenas *filho da mãe*, não sofrendo a influência da *economia psíquica paterna*.

⁸⁷ SOMMERS, Sam. *O poder das circunstâncias...*, p. 209.

outros do que reconhecer nossos próprios erros”⁸⁸. A aversão à complexidade – ou preguiça mental inerente aos humanos – pode ser um fator que concorra para a simplificação imaginária da complexa questão criminal (ilusão cognitiva), fazendo ser preferível classificar binariamente os comportamentos humanos em justos e injustos, não-reprováveis e reprováveis, reproduzindo-se a lógica bélica da “guerra contra o crime”.

Em resumo, no viés do eficientismo penal, os processos de criminalização apenas aumentam a fragmentação social e as formas de violência, de modo que é possível concluir que, quanto mais punitivista for uma sociedade, mais sofrerá com o fenômeno da violência. Em uma estrutura social fundada no capitalismo neoliberal há a tendência à fragmentação social, à intolerância e à ausência de reconhecimento da exterioridade do outro. Tolerância e generosidade são fulminadas. Somente com o reconhecimento da exterioridade do outro é que as regras de conduta que sustentam o Sistema de Justiça Criminal poderão ter reconhecido valor ou aplicação efetiva. Nils Christie, grande criminólogo da Universidade de Oslo, afirmava que: “o maior perigo do delito nas sociedades modernas não é o delito em si mesmo, senão que a luta contra este conduza às sociedades modernas ao totalitarismo”⁸⁹. De modo semelhante, o filósofo Eric Hobsbawn afirma que “o perigo real do terrorismo não está no risco causado por alguns punhados de fanáticos anônimos, e sim no medo irracional que suas atividades provocam e que hoje é encorajado tanto pela imprensa quanto por governos insensatos”⁹⁰.

A ideia de aproximação do discurso penal à Ética da Alteridade e à Ética da Libertação tem por objetivo geral promover um maior sentimento de pertencimento entre os sujeitos em comunidade, aumentando a coesão social e a diminuição das diversas formas de violência. Em respeito à alteridade, havendo responsabilidade pelo outro, maior será a coesão social, culminando no fortalecimento dos sistemas normativos internos, especialmente o autônomo, conforme sustentado por Freud, no campo psicanalítico⁹¹, e por Dirk Fabricius, na dogmática crítica⁹².

⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar...*, p. 9.

⁸⁹ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 24 (tradução livre): “el mayor peligro del delito en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra este conduzca las sociedades hacia el totalitarismo”.

⁹⁰ HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 151.

⁹¹ FREUD, Sigmund. *Das Unbehagen in der Kultur*. Viena: Verlag, 1930.

Concluindo, a *razão discursiva* – construção de consensos – é um momento ético necessário para a aferição da *simetria comunicacional*, mas insuficiente para a concretização da vida (*razão prático-material*), com plena satisfação das *necessidade reais*. A *pretensão de validade* (intersubjetividade moral formal) decorrente do processo comunicacional produz uma *verdade formal* que necessita ser complementada pela *pretensão de verdade* (ética material) que produzirá uma *verdade material* que busca sempre garantir a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade* (critério de verdade). Logo, são pretensões complementares entre si e simultâneas. Como esclarece Dussel, “toda atualização do real (verdade) é já sempre intersubjetiva; e toda intersubjetividade (validade) tem ‘referência’ a um pressuposto veritativo”⁹³. Mas é importante salientar que verdade e validade são finitas, históricas, falíveis, falseáveis ou validáveis em certos níveis. Por isso a *Ética da Libertação* irá propor a necessidade de definição de um critério de validade moral intersubjetivo (formal consensual) articulado com o critério de verdade prática de reproduzir e desenvolver a vida humana (material, de conteúdo). Essa articulação permitirá surgir o critério de factibilidade: a eticidade, o “bem”⁹⁴.

É provável que a tese sustentada na presente pesquisa não seja acolhida pela jurisprudência dos tribunais, sufocada por uma razão instrumental de preservação do atual sistema⁹⁵. Há total consciência de que a construção de um consenso em torno de um novo fundamento ético-material para a culpabilidade, fundado na *Ética da Alteridade* de Levinas, com a releitura antropológica da *Ética da Libertação* de Dussel (*dignidade humana concreta aqui e agora*), depende da superação de muitos obstáculos impostos pela racionalidade neoliberal, dentre os quais é possível citar: a) o medo

⁹² FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22: “A consciência de culpa pode contribuir para a coesão social através da integração do culpado na comunidade. Sem sentimentos de culpa, não se pode enxergar o mal causado. Se os seres humanos não tivessem sentimentos de culpa, não haveria freio para a escalada de violência e agressão. E caso a culpabilidade permaneça não trabalhada, a ferida se cicatriza mal. Desejos de vingança, ressentimento e rancor no lesado, medo e agressão preventiva no autor levam facilmente a um ciclo entre autor, vítima e perseguido, de consequências destrutivas. [...] A apreensão da culpa, sua ponderação realística, o desenvolvimento de um programa de ação apropriado podem ser obstados também por defesa (negação, projeção etc.). onde esses mecanismos de defesa são fomentados social e institucionalmente, eles são especialmente eficazes e suas consequências são gritantes, como mostram a condecoração de soldados bem sucedidos em execuções a homenagem a promotores com muitas condenações – especialmente condenações à morte –, a grupos de extermínio etc.”

⁹³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 206.

⁹⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 208.

⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico...*, p. 272: “Certamente que o desafio está em transgredir o convencional e buscar valores emergentes (no nível do pensamento, da sensibilidade e da ação comportamental), provenientes das práticas sociais emancipatórias e das lutas reivindicatórias por necessidades transformadas em direitos”.

construído a partir das ações nocivas da *mass media*; b) os discursos bélicos das políticas de segurança pública; c) a burocracia estatal com seus agentes – geralmente – medíocres que não conseguem raciocinar para além da lógica totalizante estabelecida hegemonicamente; d) o ensino jurídico que pouco ou nada contribui para a formação de atores jurídicos com capacidade ético-crítica; e) o eficientismo neoliberal com eliminação de políticas sociais; f) os ideais da sociedade de consumo; e, g) o narcisismo de neossujeitos que vivem sem outrem. Todos esses obstáculos são elementos ou fontes de alienação e cegueira. Mas, o presente trabalho pode representar uma forma de aprendizagem da consciência crítica na (re)construção da dogmática penal (*razão ético-estratégica e tática*), justamente em um momento no qual o pensamento crítico corre sério risco de desaparecer, em face das exigências de um Sistema de Justiça Criminal “eficiente”, segundo um dos fundamentos mais caros ao neoliberalismo.

Capítulo 4

Teoria da Culpabilidade e o Novo Fundamento Ético-Material: reflexos operacionais da Ética da Alteridade no juízo de responsabilidade

“Para que as luzes do outro sejam percebidas por mim devo por bem apagar as minhas, no sentido de me tornar disponível para o outro.” (Mia Couto)

1. Teoria da Culpabilidade e Ética da Alteridade: um giro epistemológico descolonizador

O Sistema de Justiça Criminal e o Direito Penal que parcialmente o constituem têm usado estratégias utilitaristas (discursos e dispositivos de poder) para controlar os sujeitos em sociedade, com a promessa de garantir felicidade ao maior número possível de pessoas. Portanto, na esfera dessa (im)possibilidade, haverá pessoas felizes e pessoas infelizes, sendo considerada justa apenas aquela política criminal capaz de garantir a felicidade do maior número de pessoas. Logicamente que isso constitui uma “filosofia de satisfeitos” (totalidade). Muito embora a maioria das pessoas não seja destinatária de políticas públicas capazes de garantir a elas “felicidade”, com *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo) e *inserção social* (satisfação de necessidades reais)¹, de modo latente, esse utilitarismo constitui o primado do Eu e do Nós (*mesmidade*), em detrimento do Outro (alteridade)². É um engodo comunicacional. Afinal, ao invés da vida de toda pessoa ser *um fim em si mesma* (valor absoluto), a vida e a felicidade a serem protegidas será apenas a daqueles sujeitos inseridos na totalidade do sistema capitalista neoliberal. Segundo a racionalidade neoliberal, onde cada um é uma *empresa de si*, o outro/excluído – vida inútil ou matável – deve ser simplesmente neutralizado (biopolítica) ou exterminado (tanatopolítica). A vida humana se reduz a um objeto, um recurso para outros fins. Por isso, é necessário um radical giro epistemológico

¹ Sem *simetria comunicacional* (igualdade e liberdade no agir comunicativo) e a satisfação das *necessidades reais* das pessoas não há justiça! Por *necessidades reais* devem ser entendidas “as potencialidades de existência e de qualidade de vida das pessoas, grupos e povos, que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural em uma formação econômico-social”. Nesse sentido: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Montivideo: B de F, 2004. p. 337.

² SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria A. Máximo. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 138: “Só porque uma coisa proporciona prazer a muitas pessoas, isso não significa que possa ser considerada correta. O simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa”.

descolonizador: da *política da vida* (gestão da vida como recurso funcional) à *política para a vida* (Ética da Alteridade).

Afastar-se da vontade de domínio sobre o outro, não reduzir o Outro (*exterioridade*) ao Eu (*mesmidade*), e não manipular e aniquilar esse Outro, são atitudes necessárias e indispensáveis para a eticização das práticas do Direito Penal. O conhecimento dogmático existente no âmbito da teoria da culpabilidade não deve ser funcional à dominação do outro, reduzindo-o ao mesmo e negando a alteridade. Caso isso ocorra – e ocorre! –, a teoria da culpabilidade se constitui(rá) em uma sofisticada forma de tirania.

Apesar da preocupação humanista, os discursos político-criminais utilizados (in)conscientemente nos processos de criminalização (primária e secundária) são idealistas, irreais, enfim, pura abstração, porque partem do pressuposto de uma razão comum a todos os sujeitos, o que jamais se verifica no plano da vida concreta em sociedade. Assim, a tirania residirá na recusa à *realidade oposta* ou ao *face-a-face*, em querer fazer existir apenas o geral, o sem rosto, o eu e o nós, a totalidade neoliberal. Para que isso não ocorra, a culpabilidade não pode ficar adstrita aos normativismos finalistas ou pós-finalistas. Além disso, a culpabilidade também não pode ficar adstrita aos consensos totalizantes da Ética do Discurso, ainda que o discurso persuasivo seja condição para o convencimento dos sujeitos, algo que não se confunde com qualquer forma sutil ou perversa de violência, porque deve haver em quem escuta o desejo ou o consentimento de entrar no discurso (*simetria comunicacional*).

Nesse sentido, é importante que o Direito crie defesas contra qualquer forma de tirania; que reconheça o rosto do outro como imperativo que legitima a sua existência; e, saiba que a reprovação normativa (finalista) ou discursiva (pós-finalista) que tradicionalmente sustenta a culpabilidade tem uma aspiração à verdade (totalizante) que, com o tempo, revela-se como uma potência geradora de violência e tirania.

Para compreender o que a Ética da Alteridade é capaz de produzir no âmbito da culpabilidade, vale destacar que nem mesmo a *culpabilidade por vulnerabilidade* de Zaffaroni fica incólume. Buscando construir um critério racional e eticamente qualificado para a decisão condenatória, o eminente penalista e criminólogo crítico argentino defende que a culpabilidade como reprovabilidade está em crise, especialmente, por conta da seletividade que retira qualquer caráter ético do ato de punir. Para afastar a violência seletiva e arbitrária do Sistema de Justiça Criminal, bem como a responsabilidade criminalizante do Estado-Juiz, a culpabilidade deve, na sua

perspectiva, estar fundada no binômio *vulnerabilidade-risco de seleção*. Segundo Zaffaroni: “*es el grado de vulnerabilidade al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal*”³. Dessa forma, quanto maior for a vulnerabilidade do sujeito desviante, menor será o seu esforço pessoal para ser selecionado pelo Sistema de Justiça Criminal; por outro lado, quanto menor for a vulnerabilidade do sujeito desviante, maior será o seu esforço pessoal para ser selecionado pelo Sistema de Justiça Criminal. Logo, quanto maior a vulnerabilidade, maior será o risco de seleção, e vice-versa. Cumpre esclarecer que a *situação de vulnerabilidade* está ligada ao *estado de vulnerabilidade* (condição social e estereotípi) e ao *esforço pessoal para a vulnerabilidade* (atitude individual), de modo que, quem estiver em uma posição ou estado de menor vulnerabilidade, mais esforço pessoal terá que fazer para se colocar em posição ou situação de maior vulnerabilidade e, desse modo, facilitar a imposição de uma pena criminal. Nesse caso, a culpabilidade seria maior, conforme o *esforço pessoal* de cada um para se tornar vulnerável.

Apesar do viés crítico e a preocupação com a limitação e redução do poder punitivo estatal, a *culpabilidade por vulnerabilidade* desenvolvida por Zaffaroni conserva a plataforma normativista da autonomia da vontade. Embora a perspectiva de Zaffaroni seja compatível com a Ética da Alteridade⁴, a tese de fundar o juízo de responsabilidade penal na alteridade vai além disso: qualquer perspectiva subjetiva e ontológica de culpabilidade cede espaço para a alteridade, não havendo necessidade de perquirir qual foi o grau de *esforço pessoal* ou *poder-de-agir-de-outra-maneira* para a adoção de uma resposta oficial do Estado às violações de bens jurídicos. Assim, a *responsabilidade pelo outro* inerente à alteridade não está atrelada a naturalismos, positivismos, normativismos comunitaristas ou funcionalismos utilitaristas que, muitas vezes, culminam em formas autoritárias e puritanas de poder. Eis o motivo para a alteridade se tornar o fundamento ético-material da culpabilidade, possibilitando a vida do outro.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 275.

⁴ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 154: “Há uma transferência de responsabilidade ética do sujeito criminalizado para a agência judicial criminalizante, que não pode deixar de constatar a seletividade e ilegitimidade do poder punitivo estatal, passando a ser obrigada a limitar e reduzir essa forma grotesca de violência. A culpabilidade pela vulnerabilidade está afinada com a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade”.

A heteronomia ética deve guiar o juízo de responsabilidade inerente à culpabilidade. Será o outro a origem dos juízos de responsabilidade do Estado (enquanto instituição que historicamente nega a *simetria comunicacional* e a satisfação das *necessidades reais* das pessoas) e do desviante (enquanto vítima da violência estrutural e institucional do Estado quando vê negada a *simetria comunicacional* e a satisfação das *necessidades reais* das pessoas).

Em uma teoria da justiça fundada na Ética da Alteridade levinasiana a identidade do eu virá do outro vulnerável (*identidade sem identidade*); a relação com o outro será fundada na heteronomia, ou seja, haverá uma renúncia do eu na liberdade de servir (perda de autonomia), que configurará a verdadeira liberdade; a diaconia, compreendida como descentralização do eu, não-identidade em favor do próximo, fundamentará essa liberdade; e, a atitude ética provirá do encontro com o rosto do outro que clama por justiça e impele à responsabilidade inelidível do eu⁵.

No modelo de culpabilidade finalista – adotado pela legislação penal brasileira – e nos modelos pós-finalistas que atualmente são desenvolvidos principalmente no âmbito da dogmática penal alemã – fonte teórica do Direito Penal de diversos países do mundo ocidental – não se admite essa perspectiva, havendo uma negação de qualquer teoria que não esteja fundada em lógicas analíticas (não-éticas). Eis o maior equívoco desses juízos morais (idealistas): negar a alteridade do outro, desde a mesmidade, ou seja, desde a totalidade hegemônica. Falta a esses juízos a consciência ética, que não é consciência moral. A consciência ética sabe ouvir a voz interpelante do outro, desde fora do mundo, de modo transcendental. Fazendo uma crítica a Heidegger, Dussel afirma que “o *ser-no-mundo* é o *moral*. O ser é o *fundamento* (*Grund*). O *fundado* (*das Gegründete*) são os entes (o *Dasein*, para Hegel ou Marx). Do fundado se predica o que é bom ou mal, que tenha ou não validade, que seja justo ou injusto, porém, intra-mundo, moralmente. O *ético*, ao contrário, instaura-se quando o Outro deixa ouvir sua palavra desde fora do mundo, transcendentalmente. Chamaremos *consciência ética*, que não é a mera consciência *moral*, a esse saber e esse poder ouvir a voz interpelante do Outro”⁶.

A culpabilidade fundada na Ética da Alteridade reconhece a exterioridade do outro e renuncia à possessão e à compreensão total do outro. Foge de qualquer idealismo inerente à mesmidade do eu, não permite que o eu exerça a sua vontade de

⁵ DELGADILLO, Jorge Medina. Cuatro claves antropológicas en Humanismo del Otro Hombre de Emmanuel Levinas. *Veritas*. Porto Alegre, v. 62, n. 1, p. 4-16, jan-abr/2017. p. 4-5.

⁶ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 132.

poder e se coloque em posição superior ao outro⁷. A subjetividade moderna vê no outro um obstáculo a ser superado para fins de exercício do poder. Anula-se o outro para afirmar-se a identidade do eu (lógica totalizante). Isso culminou nas atrocidades do Holocausto e, atualmente, é uma das marcas mais notórias da racionalidade neoliberal. A partir da Ética da Alteridade isso muda: ser eu significa ser outro; sou verdadeiramente Eu quando sou Tu. A identidade do sujeito surgirá da não-identidade, da descentralização do ego como objeto da própria existência, momento em que resplandece a premência, a altura e a precedência do outro (“Tu”). A identidade, então, decorrerá da vulnerabilidade do outro e do desejo manifesto de servir ao outro⁸. Conforme Rossana Rolando, “o outro não é uma ameaça para o meu arbítrio, mas é a medida da minha injustiça, daquilo que devia e podia fazer, do comando de que livremente me subtrai, da resposta que fora chamado a dar e que, voluntariamente, não dei”⁹. Dessa forma, a violência institucional da pena criminal, limitada pela culpabilidade, só se justifica mediante a responsabilidade que cada um tem em relação ao outro, inclusive e especialmente, por parte do próprio Estado.

Para a culpabilidade deixar os fundamentos ideológicos (não-éticos) que a sustentam é necessário negar o egotismo moderno (negação do outro), agudizado na era neoliberal. E a Ética da Alteridade se revela como caminho filosófico factível para a concretização desse giro epistemológico descolonizador. Isso exige que o Direito Penal e a teoria da culpabilidade saiam da moral para entrar na ética, reconhecendo a infinitude da alteridade e assumam uma relação anárquica com o outro, especialmente, porque a relação com o outro é assimétrica. Enfim, *é necessária a coragem aventureira de Abraão, ao invés das certezas de Ulisses*¹⁰.

⁷ DELGADILLO, Jorge Medina. Cuatro claves antropológicas en Humanismo del Otro Hombre de Emmanuel Levinas..., p. 6: “Lo otro, en el idealismo, no es más que un momento del yo, um obstáculo que incluso el yo se ha puesto – a modo fichteano – para educir de sí la voluntad de poder y manifestarse como superior a lo otro, asumiéndolo al final como parte de sí. Uma verdadeira exterioridade implicaria la renuncia a la posesión – incluso a la comprensión total – de lo otro. Lo exterior es formal y esencialmente exterior, sin importar su condición o contenido; si en algún momento lo exterior forma o conforma la interioridad, nunca fue realmente exterior, sino sólo en apariencia y momentaneamente. Este exterior, jamás interiorizable ni interiorizado, es el Otro, el nunca perteneciente a la esfera de posibilidades de la inmanencia”.

⁸ DELGADILLO, Jorge Medina. Cuatro claves antropológicas en Humanismo del Otro Hombre de Emmanuel Levinas..., p. 7.

⁹ ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: para uma sociedade sem tiranias..., p. 81.

¹⁰ PINTOR RAMOS, Antonio. En las fronteras de la fenomenología: el creacionismo de Levinas. *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*. Salamanca, v. 19, n. 1, p. 177-220, 1992. p. 194: “Levinas ha visto repetidas veces en el asunto de Ulises la personificación de la filosofía occidental. Ulises sale de su patria y es el ‘mismo’ Ulises quien terminará regresando a ella; en su largo viaje por lo exterior se aprovechará astutamente de lo que pueda apropiarse, saldrá victorioso de infinidad de peligros que no lograrán alterar su identidad, navegará entre Schilla y Caribdis con la proa siempre puesta a un destino final bien

A moral inerente às teorias que sustentam a ideia de culpabilidade (juízo de reprovação) não é ética, porque não assume a responsabilidade pelo outro que é irrenunciável a toda ação humana¹¹. Sem que o Direito Penal e a teoria da culpabilidade se afastem da moral e do normativismo dela decorrente, jamais haverá ética na decisão condenatória. Na perspectiva ética, o Direito Penal existirá para garantir o *face-a-face*, a pluralidade, o encontro de individualidades, enfim, afastar a tirania e proteger a liberdade. É neste ponto que a justiça se legitima: na proteção do outro. Na ordem do *face-a-face* a lei penal não será um limitador da responsabilidade do eu pelo outro, já que ela é infinita diante da miséria do outro. Por isso, caberá ao Estado, deixando a condição de comitê gestor de qualquer hegemonia e concebido como forma organizada de individualidades éticas, reconhecer a sua responsabilidade – integral e assimétrica – pelo outro (estrangeiro da era neoliberal) como algo imanente a sua existência: o Estado existe(irá) apenas na responsabilidade pelo outro, que é o seu momento inaugural, a sua origem ética. Portanto, qualquer atitude humana (ética) dependerá do reconhecimento da responsabilidade pelo outro não como ato de vontade do eu, mas como a única forma de encontrar um sentido para a própria existência¹², ou seja, é o inevitável momento constitutivo do ser¹³. A esse respeito, conforme a análise de Nélvio Vieira de Melo, “o sujeito se faz sujeito quando, no seio da imanência egoísta, rompe o próprio egoísmo e se abre à manifestação de outrem, quando se descobre investido e chamado por outrem”¹⁴.

conocido de antemano [...] Al griego Ulises contrapone Levinas la ‘aventura’ del judío Abraham, quien deja su tierra y sus concocidos partiendo hacia lo ignoto con la prohibición expresa de regresar; su identidad será trabajoso resultado de la alteración que lo otro produce en su irreductibilidad a lo mismo, siempre abierto a lo nuevo y siempre expuesto a lo desconocido desde algo que no tiene en él su comienzo y que tampo tiene meta previsible”.

¹¹ TODISCO, Orlando. L’io e l’altro secondo G. Duns Scoto e E. Levinas. *Antonianum*. Roma, v. 71, n. 2, p. 265-306, 1996. p. 288: “Il cammino triunfale dell’Occidente pare sia statu accompagnato dall’ombra di Caino. A Dio che gli chiede: «Dov’è tuo fratello?», Caino risponde: «Forse che io sono il guardiano di mio fratello?» Caino non derise Dio né la sua risposta ha il sapere infantile di chi dice: «Abele non sono io, è l’altro, chiedilo a lui». La risposta di Caino è sincera. In essa manca solo l’etica –la responsabilità. In essa vi è solo l’ontologia –l’essere. Io sono io e lui è lui. Noi siamo esseri ontologicamente separati, ed ognuno è responsabile di sé. L’io (Caino) contro il tu (Abele)”. Tradução livre: O caminho triunfal do Ocidente parece ter sido acompanhado pela sombra de Cain. Deus lhe perguntou: ‘Onde está teu irmão?’, Cain responde: ‘Por acaso eu sou o guardião de meu irmão?’ Cain não zomba de Deus, em sua resposta há o saber infantil de que diz: ‘Abel não sou eu, é o outro, pergunte a ele’. A resposta de Cain é sincera. Nela falta só ética – a responsabilidade. Nessa via é só ontologia – o *ser*. Eu sou eu e ele é ele. Nós somos seres ontologicamente separados, e cada um é responsável por si. O Eu (Cain) contra o Tu (Abel)”.

¹² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Francisco Xavier. *Estima de sí y alteridad...*, p. 130: “... el *si-mismo* se constituye a partir de una relación ética con el otro (solicitud para uno y responsabilidad para el otro), y no a partir de la certeza del yo”.

¹³ ROLANDO, Rossana. *Emmanuel Levinas: para uma sociedade sem tiranias...*, p. 85: “o eu vem depois do outro, constitui-se como resposta ao outro, como destinado ao outro”.

¹⁴ MELO, Nélvio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 74.

O outro é, assim, o fio condutor, o ícone e protagonista da realidade social¹⁵, interferindo diretamente no campo de poder das relações jurídicas e, conseqüentemente, na teoria da culpabilidade.

É uma exigência de toda a humanidade essa radical (des)construção do fundamento material da culpabilidade. Dentro dessa nova culpabilidade não há espaço ético, por exemplo, para: a) medidas de segurança fundadas na defesa social; b) discursos de redução da maioria penal; c) criminalização de sujeitos excluídos da ordem econômica neoliberal; d) superencarceramento da pobreza; e) responsabilidade penal de pessoas jurídicas¹⁶.

Os outros da era neoliberal – clientela tradicional do Sistema de Justiça Criminal – apelam no *face-a-face* e clamam por justiça, sendo responsável do eu negar a negação da vida deles nesse contexto de exclusão. A partir da Ética da Alteridade, a justiça não fica adstrita à legalidade, concebida como técnica do equilíbrio social; ela pressupõe o fim do império do eu e uma reorientação para o outro (esquecimento de si). Responsabilidade e hospitalidade estatais frente ao outro são exigências éticas de qualquer sociedade que pretende ser justa, fraterna e solidária.

Desde esses pressupostos da Ética da Alteridade, é preciso verificar as suas implicações práticas (*operacionais*) da nova teoria da culpabilidade, concebida como elemento constitutivo do conceito analítico de infração penal ou delito¹⁷.

2. Reflexos Operacionais da Alteridade no Juízo de Responsabilidade

Tendo por fio condutor o pensamento crítico, compreendido como forma de distinguir entre o verdadeiro e o não-verdadeiro (falso), a partir do horizonte negado das

¹⁵ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica...*, p. 105.

¹⁶ A alteridade é instituída entre seres humanos. Por isso, com todo o respeito devido ao entendimento contrário, a responsabilidade por ilícitos perpetrados no âmbito da administração de empresas fica adstrita às pessoas físicas (seres humanos). A responsabilidade da pessoa jurídica deve ser apurada nas searas administrativa, civil e tributária, por exemplo, cujos instrumentos operacionais podem ser muito mais eficazes no controle de ações nocivas aos interesses sociais. A culpabilidade fundada na alteridade não cuida da responsabilidade de pessoas jurídicas. A luta social em face da opressão capitalista não pode perverter as relações humanas que fundamentam a existência do próprio Direito Penal. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro; Curitiba: Lumen Juris; ICPC. 2006. p. 443: “o conceito de culpabilidade é incompatível com o conceito de pessoa jurídica”.

¹⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 524: “Resumidamente, se pode dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade em Direito Penal: a culpabilidade como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; a culpabilidade como limite de pena, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; e a culpabilidade como elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade”.

vítimas (não-)intencionais do Sistema Penal vigente, o presente trabalho busca transcender a totalidade dos idealismos (pós)finalistas desde o outro, cuja alteridade servirá de fundamento ético-material ao juízo de responsabilidade inerente à culpabilidade.

Desde esse olhar da Ética da Alteridade, em sua definição analítica, a infração penal será constituída pelo *injusto* (objeto de valoração que fundamenta uma pretensão de ilicitude) e pela *culpabilidade* que, agora, passa a constituir um *juízo de responsabilidade que fundamenta uma relação de alteridade*: culpável será todo comportamento que venha a negar a vida do outro, incluindo a resposta oficial do Estado.

Na perspectiva aqui defendida, o *injusto penal* permanece constituído por: a) *conduta* (ação ou omissão de ação): realidade psicossomática da infração penal; b) *tipicidade*: descrição do comportamento proibido nas dimensões objetiva e subjetiva; c) *antijuridicidade*: contrariedade da conduta às proibições, permissões e mandados. Por sua vez, a *culpabilidade* será estruturada da seguinte forma: a) *capacidade de culpabilidade/imputabilidade*; b) *conhecimento da ilicitude*; c) *exigibilidade de conduta diversa*. Embora não haja alteração total do léxico e anulação das categorias estruturais que sustentam o conceito normativo de culpabilidade do finalismo vigente no Brasil, a partir desse novo fundamento ético-material, haverá uma mudança significativa no conteúdo dessas categorias estruturais: o juízo de responsabilidade e a forma de resolução de casos penais no cotidiano forense estarão guiados pela Ética da Alteridade, exigindo simultaneamente a presença da *simetria comunicacional*, consistente na *igualdade no agir comunicativo* (momento formal e validade intersubjetiva da culpabilidade), e, da *inserção social*, atrelada à satisfação das *necessidades reais* (momento material e verdade ética da culpabilidade), para a atribuição de qualquer responsabilidade penal.

2.1. Alteridade e (in)capacidade de culpabilidade

2.1.1. Capacidade de Culpabilidade ou Imputabilidade

A *capacidade de culpabilidade* ou *imputabilidade* está ligada às características pessoais que permitem atribuir responsabilidade penal a um sujeito em sociedade. A

capacidade de culpabilidade é pressuposto do juízo de responsabilidade ética desenvolvido a partir da alteridade.

Tradicionalmente, essa capacidade de culpabilidade depende da presença dos seguintes pressupostos: a) *entender o caráter ilícito do fato* (compreender o que faz); b) *poder determinar-se de acordo com esse entendimento* (poder de não fazer o que faz)¹⁸.

Os sistemas de aferição da capacidade de culpabilidade são: a) *biológico*: verifica a (in)existência de anomalia psíquica (patologia, oligofrenia, transtornos mentais), apresentando falha ao permitir a impunidade mesmo quando o sujeito em sociedade tem discernimento em relação ao caráter ilícito do fato; b) *psicológico*: verifica as condições psicológicas do agente no momento do fato, apresentando falha no âmbito do processo penal (teoria da prova); c) *biopsicológico*: verifica a (in)existência de anomalia psíquica e concomitante (in)capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato, no momento da ação ou omissão de ação¹⁹.

A partir dos juízos de responsabilidade fundados na Ética da Alteridade, os pressupostos da capacidade de culpabilidade devem ser revistos: somente indivíduos com *simetria comunicacional* (para além da consensualidade do círculo hegemônico) e *inserção social* (satisfação das necessidades reais) podem *entender o caráter ilícito do fato* e ter o *poder de determinar-se de acordo com esse entendimento*. Não se trata de aferir uma eventual autonomia da vontade; é um juízo de alteridade (razão ética).

A *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo) está vinculada à validade intersubjetiva da *razão discursiva* (momento moral formal da culpabilidade). É ela que permitirá ao sujeito em sociedade compreender o caráter ilícito de determinadas condutas. Embora eticamente insuficiente para o reconhecimento da verdade prática, ela é uma dimensão essencial da vida humana, constituindo-se em pressuposto do juízo de responsabilidade penal. Somente um sujeito com capacidade de cumprimento das regras do consenso intersubjetivo pode ser responsabilizado por violações a bens jurídicos, uma vez que é capaz de *compreender o que faz*. Vale ressaltar que a alteridade,

¹⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 558: “Somente pode ser reprovada a conduta de alguém que seja capaz de compreender o que faz e de orientar sua conduta de acordo com essa compreensão. A imputabilidade é, pois, em termos gerais, uma capacidade de compreensão e de valoração e atuação consequente com essa compreensão. Essa compreensão, valoração e atuação depende, evidentemente, da conjugação de fatores físicos, biológicos, psíquicos e psicossociais. Desse modo, é possível dizer que a aferição da imputabilidade exige a análise de duas etapas consecutivas do comportamento: a primeira, consistente em uma capacidade de intelecção e compreensão da natureza ilícita do comportamento realizado, e outra, subsequente, de possibilidade de controle que permita atuar em consonância com tal percepção”.

¹⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 559. No mesmo sentido: COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 760.

enquanto novo fundamento da culpabilidade, exige que a dialogicidade intersubjetiva da *simetria comunicacional* esteja fundada em uma *razão discursiva ético-crítica*, consciente da existência de sujeitos materialmente excluídos do círculo de consenso hegemônico. É uma análise crítica dialógica, não meramente moral formal. É o primeiro momento ético da capacidade de culpabilidade.

Por outro lado, a *inserção social* (*poder de não fazer o que faz*) está vinculada à (des)igualdade material (condições concretas de vida) entre as pessoas em comunidade (momento ético-material da culpabilidade). Para além de uma igualdade formal na comunidade argumentativa, é necessário que o sujeito em sociedade não seja excluído socialmente: o outro apoditicamente negado-oprimido pelo sistema social. É necessária a satisfação das *necessidades reais*. Somente nessas condições concretas da vida o sujeito em sociedade terá o poder de orientar as suas ações e omissões em conformidade com a compreensão prévia sobre o caráter ilícito de determinadas condutas.

De qualquer modo, sendo a *responsabilidade por outrem* constitutiva da alteridade, não é necessário perquirir a existência – ou não – de autonomia da vontade dos sujeitos violadores de bens jurídicos (*antifetichismo*). É um juízo de fato, um enunciado de realidade material, um enunciado sobre um sujeito vivente como humano. Agora, qualquer responsabilidade penal está guiada pela responsabilidade em garantir a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade* (princípio material universal). Trata-se de uma responsabilidade que irrompe os lindes da responsabilidade do indivíduo que viola um bem jurídico: ela atinge diretamente ao Estado, cuja resposta não poderá ser o maniqueísmo ou o utilitarismo do racionalismo formal da doxa, compreendida como o conjunto dos discursos jurídicos oficiais. É a abertura ao infinito levinasiano (lugar de todas as alteridades), com assunção da *responsabilidade por outrem*: responsabilidade irrenunciável que obriga (*razão ética*).

2.1.2. Incapacidade de Culpabilidade ou Inimputabilidade

A partir desses pressupostos emanados da Ética da Alteridade (*simetria comunicacional e inserção social*), no âmbito da *capacidade de culpabilidade*, não poderá ser atribuída qualquer responsabilidade penal nas seguintes situações: a) *anomalia psíquica decorrente de doença mental ou oligofrenia* (desenvolvimento

mental retardado); b) *menoridade* ou *imaturidade* (idade inferior a dezoito anos); c) *embriaguez incontrolável e completa*.

Antes da análise dessas situações de inimputabilidade, é importante frisar que a *emoção* (estado afetivo que produz momentânea perturbação da personalidade causando desequilíbrio psíquico e alterações somáticas com fenômenos neurovegetativos e motores) e a *paixão* (processo afetivo duradouro ou estado emotivo que se protraí) não eliminam a *simetria comunicacional* dos sujeitos em sociedade, e, não estão vinculadas à satisfação de *necessidades reais*, de modo que a responsabilidade penal será mantida, apesar de o *domínio de violenta emoção* poder configurar uma causa especial de diminuição da pena nos crimes contra a pessoa (homicídio e lesão corporal) ou uma circunstância atenuante da pena, como ocorre em alguns países, a exemplo do Brasil (CP, arts. , 65, III, ‘c’, 121, §1º e 129, §4º).

Por outro lado, embora não configurem quadros de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é necessário lembrar que os *surdos-mudos* (não educados) e os *silvícolas* (não inseridos no círculo de consenso dominante)²⁰ podem ter a sua capacidade de culpabilidade excluída porque, em situações concretas, pode haver alteração na percepção sensorial da realidade provocada pela surdo-mudez e pela falta de adaptação social dos silvícolas²¹. Isso geraria uma sublimação da capacidade de interação, com redução da possibilidade de participação na vida social²². No Brasil, a legislação especial prevê tratamento diferenciado no âmbito da culpabilidade para os

²⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 170: “os valores destes povos devem ser preservados, pois encontram, inclusive, guarida constitucional, consoante o que se depreende do art. 231 da Magna Carta”.

²¹ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 480-481: “O surdo-mudo, privado do som e da comunicação oral, de regra, fica alijado da cultura, sem assimilar suas normas, sem a capacidade de avaliar o sentido ético-social de seus atos. Ante a possibilidade de educar-se, e ajustar-se ao meio social, sua capacidade, que não se limita exclusivamente à instrução, será naturalmente inferior à normalidade do cidadão; por isso, a necessidade do exame conveniente em cada caso concreto. No entanto, a condição biológica – “surdo-mudez” – é insuficiente, por si só, para caracterizar a inimputabilidade. Será indispensável comprovar-se, *in concreto*, as consequências decorrentes da surdo-mudez, isto é, constatar se ela produz a incapacidade de compreensão e de autodeterminação decorrentes dessa deficiência congênita. De maneira similar, é necessário averiguar se os silvícolas passaram pelo processo de aculturação. No entanto, o nível de adaptação às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em cada caso particular; havendo dúvidas, deve-se providenciar avaliações antropológicas e sociológicas para se constar o grau de acultramento atingido. Evidentemente que a situação dos silvícolas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida dita civilizada e da diferença de escala de valores”

²² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 562.

silvícolas, possibilitando o afastamento da responsabilidade penal, a diminuição da pena ou a sua simples atenuação²³.

2.1.2.1. Anomalia psíquica decorrente de doença mental ou oligofrenia

A anomalia psíquica decorrente de doença mental²⁴ ou oligofrenia (desenvolvimento mental retardado com *deficit* cognitivo)²⁵ afasta a responsabilidade penal de sujeitos que, em face desses fatores biológicos e psíquicos, são, ao tempo da ação ou omissão de ação, *inteiramente* desprovidos de *simetria comunicacional*. Essa *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo) deve existir no momento da conduta (ação ou omissão de ação), sendo esse o momento em que deve ser aferida a sua responsabilidade ética. Eventuais intervalos lúcidos não têm relevância²⁶. Busato apresenta como exemplos de doença mental a psicose maníaco-depressiva, a esquizofrenia, a alienação mental, a paranoia, os distúrbios obsessivo-compulsivos, as formas de demência e os processos tóxicos crônicos que afetam o sistema nervoso central (dependência química por drogas lícitas ou ilícitas)²⁷. Como exemplos de sujeitos incapazes de culpabilidade, diante do desenvolvimento mental retardado é possível citar os *idiotas* (indivíduo com desenvolvimento mental de uma criança de seis anos, faltando, às vezes, capacidade de exprimir ideias), *imbecis* (indivíduo que não atinge o desenvolvimento mental próprio do início da puberdade) e *débeis mentais* (indivíduo com profundas dificuldades de aprendizagem, exigindo estudos escolares

²³ BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*. 21 dez. 1973: “Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 287: “a doença mental compreende as hipóteses de patologias constitucionais ou adquiridas do aparelho psíquico, definidas como psicoses exógenas e endógenas: a) as psicoses exógenas compreendem (1) as psicoses produzidas por traumas (lesões) e por tumores ou inflamações do órgão cerebral, (2) a epilepsia, e (3) a desagregação da personalidade por arteriosclerose ou atrofia cerebral; b) as psicoses endógenas compreendem, fundamentalmente, a esquizofrenia e a paranoia”.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 287: “o desenvolvimento mental incompleto ou retardado compreende todas as hipóteses de oligofrenias, como defeitos constitucionais do órgão cerebral: a) as debilidades mentais, que admitem frequência a escolas especiais ou realização de atividades práticas, mas não o exercício de profissões; b) as imbecilidades, com exigência de cuidados especiais da família ou de instituições, mas sem possibilidade de vida independente; c) as idiotias, marcadas pela necessidade de custódia e, frequentemente, pela incapacidade de falar”.

²⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal...*, p. 761: “A *vexata quaestio* dos intervalos lúcidos perde o destaque legislativo face a ser uma manifestação complexa interrompida do estado patológico”. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 205: “Não mais se cogita modernamente da relevância jurídica de intervalos lúcidos, contestados pela moderna psiquiatria, à base da permanência do processo patológico”.

²⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 562.

especiais que lhe permita o exercício de atividades simples)²⁸. Sempre que houver dúvida em relação à saúde ou desenvolvimento mental do sujeito em sociedade, tudo deverá ser apurado em perícia médica no âmbito da psiquiatria forense²⁹, apesar do sofrível método de avaliação do quadro psiquiátrico realizado na maior parte dos casos penais, geralmente, constituído por uma brevíssima entrevista de poucos minutos, insuficiente até mesmo para a realização de uma simples anamnese.

Nesses casos, o sujeito em sociedade é altamente vulnerável, devendo ser acolhido com ética, sem a aplicação totalizante de medidas de segurança pessoais (especialmente, as estacionárias ou detentivas) em *instituições totais* (fechadas e simbolizadas pela barreira à relação social com o mundo externo)³⁰, com pretensões utilitaristas de *defesa social*, em face de uma abstrata “periculosidade” individual (probabilidade de comportamentos futuros perigosos)³¹. Como observa Priscilla Placha Sá, “o lugar-manicômio tal como o lugar-prisão, longe que estão do nosso olhar e do nosso reconhecimento, não nos permitem ouvir os gritos dos que lá morre(ra)m. Assim fora em Auschwitz (uma hipérbole da perversão contemporânea). São incontáveis homens e mulheres, velhos, adultos, jovens e crianças a quem não se outorga o *status* de pessoa digna de viver, senão de quem se deve fazer morrer”³².

Por isso, encerrado o devido processo legal e verificada a total ausência de igualdade no agir comunicativo (simetria comunicacional), em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ainda que esteja configurado um *injusto penal* (conduta típica e antijurídica), o assunto deverá deixar por completo a seara penal, aplicando-se medidas que revertam a tendência hospitalocêntrica, abolindo-se as medidas de segurança e adotando-se outra forma de tratamento ao sujeito doente mental ou oligofrênico: acolhimento familiar e/ou estatal em instituições abertas à exterioridade desse outro (garantia de cidadania ao doente mental), cuja forma de vida não deve ser considerada nem melhor, e muito menos pior,

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. T. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 576.

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal...*, p. 206.

³⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante M. Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 16.

³¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos...*, p. 8: “A interpretação do mundo dada por um grupo atua de modo a manter seus participantes e deve dar a eles uma definição autojustificadora de sua situação e uma interpretação preconceituosa aos não-participantes – neste caso, médicos, enfermeiras, atendentes e parentes”.

³² SÁ, Priscilla Placha. Narrativas e discursos sobre a “loucura”. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 226-227.

do que aquela de sujeitos considerados “normais”, uma vez que há vários “doentes” não-descobertos pelos padrões psiquiátricos e que nunca chegarão a ser assim considerados por si mesmos ou pelos outros sujeitos em sociedade, evidenciando o caráter seletivo – e, portanto, arbitrário – da divisão entre “normais” e “doentes”³³. Em resumo: declarada a inimputabilidade, o Ministério Público, na qualidade de curador especial supletivo, procederá, junto ao juízo cível, na forma da legislação especial.

Desde a Ética da Alteridade é necessário reconhecer que “a loucura ou o ‘comportamento doentio’ atribuídos ao doente mental são, em grande parte, resultantes da distância social entre quem lhes atribui isso e a situação em que o paciente está colocado, e não são, fundamentalmente, um produto de doença mental”³⁴. Como consequência dessa percepção, fica vedada qualquer aplicação de pena criminal, porque o sujeito com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (oligofrênico) não possui a *simetria comunicacional* garantida aos demais sujeitos em sociedade e precisa satisfazer algumas *necessidades reais* que dependem da ação solidária (hospitalidade não-hospitalar) daqueles que fazem parte do seu entorno social.

Em caso de incapacidade relativa decorrente de anomalia psíquica, quando subsistir uma capacidade de culpabilidade em grau sensivelmente diminuído (*imputabilidade diminuída*), deverá ocorrer a diminuição da pena, conforme parâmetros a serem definidos em lei.

2.1.2.2. Menoridade ou Imaturidade

Em meio à era neoliberal, onde sujeitos adultos são acometidos por um gradual processo de infantilização e conseqüente ausência de limites, distinguir a maturidade de uma pessoa com mais e menos de dezoito anos de idade vem sendo tarefa difícil dentro do debate político em países como o Brasil, onde há inúmeras propostas de emenda à Constituição da República visando reduzir a maioria penal. Em geral, sujeitos infantilizados proferem discursos inflamados a favor da redução da idade para início da responsabilidade penal. Apesar de juridicamente adultos, muitos desses sujeitos permanecem infantilizados e não conseguem assimilar as diferenças entre uma pessoa

³³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminalogia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 289: “Assim, da mesma forma que ‘o’ criminoso não existe enquanto fenômeno natural, não se tratando o crime de qualidade intrínseca à pessoa que o pratica mas do nível de resposta formal ou informal, ‘o’ doente mental e ‘a’ loucura são produtos de interpretação, juízos éticos e morais, vinculados ao contexto cultural”.

³⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos...*, p. 113.

com mais de dezoito anos de idade e uma pessoa com menos de dezoito anos de idade, para fins de atribuição de responsabilidade penal. De modo inconsequente clamam pela redução da maioridade penal sem conseguir entender os fatores que determinam ou justificam a fixação dos dezoito anos como idade para início da responsabilidade penal. A intolerância do senso comum culmina em discursos de ódio simplistas: simplistas porque, mesmo na perspectiva normativista (*juízo de reprovação*), é reconhecido que a imputabilidade depende não só da compreensão do caráter ilícito do fato (capacidade de compreensão), mas, também, do poder de não fazer o que faz (capacidade de ação), que é algo constatado em menor escala na puberdade (pelo menos até os dezoito anos de idade), quando os freios inibitórios ainda são insuficientes³⁵.

No Brasil, a legislação vigente fixou a idade para início da responsabilidade penal aos dezoito anos de idade, sujeitando os mais jovens – com idade entre doze e dezoito anos – às medidas socioeducativas (podendo iniciar com a simples advertência, passando pela semiliberdade, até à internação por prazo não superior a três anos) definidas em lei especial, desde que, por óbvio, o menor tenha praticado um *injusto penal* (conduta típica e antijurídica), denominado *ato infracional* (pressuposto lógico e limite à intervenção estatal na liberdade dos menores), e, elas sejam *necessárias* para fins de reajustamento do caráter, dentro de um devido processo legal³⁶.

Apesar das reivindicações populistas existentes já na década de 1980, o legislador brasileiro, explicitamente, fundamentou a escolha da idade para início da responsabilidade penal em *critérios de política criminal*, reconhecendo que o menor é um ser “ainda incompleto” e “naturalmente antissocial, na medida em que não é socializado ou instruído”, cabendo o seu reajustamento à educação, não à pena³⁷.

³⁵ Nesse sentido: STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal...*, p. 279.

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Direito Infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005. p. 146: “para que se efetive o *Devido Processo Infracional*, as garantias processuais precisam sair do papel e não se pode posar de democrata aplicando-se o ECA isoladamente, pressupondo-se uma ‘oxigenação constitucional’ garantista (Ferrajoli), a partir dos princípios e regras (é preciso saber diferenciar) da Constituição e dos Tratados de Direitos Humanos. Nesta perspectiva garantista (Salo de Carvalho), é preciso reconhecer que aos adolescentes são aplicáveis as mesmas garantias conferidas ao imputável, tanto no Código de Processo Penal como no Código Penal”.

³⁷ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Código Penal. Exposição de Motivos. *Diário do Congresso*. 23 mar. 1984: “23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critério de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada – leia-se: *Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), revogada pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)* –, dispõe o Estado dos instrumentos necessário

Portanto, no caso do Brasil, a inimputabilidade dos menores de dezoito anos está fundada em critérios de Política Criminal que levam em consideração, especialmente, os seguintes fatores: a) o menor é um ser ainda incompleto (pessoa em desenvolvimento); b) o reajustamento do processo de formação do caráter deve ocorrer por meio da educação, e não pela via punitiva; c) o Estado possui instrumentos jurídicos para realizar a tarefa de tutelar bens jurídicos em relação aos desvios potencialmente praticáveis por menores; d) o cárcere é contaminador e a institucionalização de menores no sistema prisional agudiza o processo de distanciamento social, especialmente na condições em que as prisões em geral aqui se encontram³⁸.

A partir dos pressupostos da alteridade é fundamental e inafastável reconhecer que os menores de dezoito anos não possuem *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo) e não contam, ainda, com *inserção social* (garantia de satisfação das necessidades reais), porque são sujeitos sem a maturidade física e mental necessária para se proteger e agir em sociedade.

Na realidade dos grandes centros urbanos de países periféricos do capitalismo globalizado (neoliberal), os menores de dezoito anos não possuem acesso à escola, à uma renda mínima digna para fazer frente às *necessidades reais* – o trabalho, além de não oportunizado, é proibido aos menores de dezesseis anos³⁹. Nega-se aos menores de dezoito anos a cidadania e o futuro. Nesse horizonte sem perspectivas humanamente dignas, a associação à narcotraficância e à alguma “facção criminosa” pode ser a garantia de algum “futuro” a jovens desprovidos de assistência familiar e estatal, como observado por Gilberto Dimenstein:

“o resultado final é que os menores infratores são abastecidos apenas com violência, são excluídos de qualquer possibilidade de ingresso no mercado de trabalho, mantendo

ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09 set. 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 fev. 2016: “SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

³⁹ Malgrado a alegada responsabilidade social, o Estado brasileiro, por meio da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, alterou o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República, determinando a proibição de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. O texto original permitia o trabalho aos maiores de quatorze anos.

em atividade a ciranda. O crime passa a ser a única forma de subsistência e a agressividade a resposta natural e previsível nos contatos sociais [...] Para um garoto de classe média é possível acenar com perspectivas melhores caso deixe a droga. Jogue-se, enfim, com uma proposta de melhoria de vida, de novos planos. O que já não acontece para quem supõe, e com boa dose de razão, que seu destino é um tiro de um policial, a tortura na delegacia ou o subemprego”⁴⁰.

Essa distinção de perspectiva entre jovens de classe média e jovens pobres (especialmente negros ou pardos) evidencia o caráter seletivo e uma gama gigantesca de informações que são omitidas pelos discursos de redução da maioria penal. Os discursos ufanistas em favor da redução da maioria penal parecem desconhecer o fato de ser aplicado aos jovens abastados um estereótipo médico, em relação ao uso de drogas, enquanto é aplicado um estereótipo criminal aos jovens pobres das periferias dos grandes centros urbanos. Vera Malaguti Batista pondera que “a visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa”⁴¹.

Um dos lugares onde essa faceta cruel do capitalismo neoliberal pode bem ser vista é o conjunto de favelas do “Complexo do Alemão”, na cidade do Rio de Janeiro:

“O Complexo do Alemão, nos últimos anos, foi considerado pelo IBGE o bairro detentor dos piores Índices de Desenvolvimento Social (IDS) do Rio de Janeiro. Calculados pelo Instituto Pereira Passos (IPP), os dados medem o acesso da população ao saneamento básico, à habitação, à escola e ao mercado de trabalho. Segundo o índice, nas 13 favelas do Complexo do Alemão, 15% das residências não contam com rede de esgoto; 36,43% dos chefes de família têm menos de quatro anos de estudo; em cada 11 moradores com mais de 15 anos de idade é analfabeto; na faixa etária entre 15 e 17 anos, 11,37% das meninas (menores de idade) já são mães; 60,55% dos trabalhadores ganham, no máximo, dois salários mínimos; na faixa etária dos 15 aos 17 anos, 27,83% dos jovens não frequentam a escola; entre outros aspectos”⁴².

Nesse contexto de máxima negação da alteridade do outro (excluído) haverá as condições propícias para mais condutas violentas, como homicídios ou latrocínios,

⁴⁰ DIMENSTEIN, Gilberto. *A guerra dos meninos: assassinatos de menores no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 28.

⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 134.

⁴² GRANJA, Patrick. *UPP: o novo dono da favela. Cadê o Amarildo?* Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 23-24

permitindo que discursos desconectados da realidade social dos menores reverberem no efficientismo penal com propostas de redução da maioria penal, além de extermínio dessa juventude considerada “altamente perigosa”.

Com uma visão turva a respeito do assunto, o senso comum dos meios de comunicação de massa e da classe política conecta a imagem da pobreza à periculosidade, instrumentalizando e fundamentando o racismo de Estado, cujas ações letais estarão dirigidas à juventude pobre e negra das periferias dos grandes centros urbanos.

Muito embora a opinião pública seja contrária a essa tese, a privação de liberdade, especialmente nas prisões do Brasil, é meio inidôneo à (res)socialização dos sujeitos menores de dezoito anos, contribuindo à dessocialização (efeito criminógeno da pena de prisão). Logo, não há amparo na razão ético-crítica atrelada à alteridade (*responsabilidade por outrem*).

Para além das vicissitudes carcerárias brasileiras, Jorge de Figueiredo Dias, desde o ambiente europeu, reconhece que

“a colocação desta barreira etária intransponível à intervenção penal funda-se – em estrita perspectiva político-criminal – em um *princípio de humanidade* que deve caracterizar todo o direito penal de um Estado de direito material. Deve evitar-se a todo o custo a submissão de uma criança ou adolescente às sanções mais graves previstas no ordenamento jurídico e ao rito do processo penal, pela estigmatização que sempre acompanha a passagem pelo corredor da justiça penal e pelos efeitos extremamente gravosos que a aplicação de uma pena necessariamente produz ao nível dos direitos de personalidade do menor, marcando, inevitavelmente o seu crescimento e toda a sua vida futura”⁴³.

Portanto, é indiferente a qualidade das instalações carcerárias para se perceber que a pena criminal não é resposta estatal eticamente válida – desde a alteridade – para o fenômeno desviante envolvendo os menores de dezoito anos. Quem defende o contrário é ignorante ou mal-intencionado: desconhece a condição humana peculiar de desenvolvimento em que se encontram os menores de dezoito anos ou deseja tirar algum proveito na seara política ou financeira (atitude antiética).

Dentro da discussão do tema merece destaque a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, e ratificada pelo Governo brasileiro, em 24 de setembro de 1990, que define como criança todo o ser humano com *menos de*

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 595-596.

dezoito anos, em que pese a possibilidade da legislação interna de cada país definir a maioria mais cedo⁴⁴.

É notória a tendência, em escala mundial, do menor de dezoito anos ser reconhecido como *criança*: ser humano que clama por acolhimento no âmbito da família (núcleo social fundamental e ambiente natural para o seu crescimento, bem-estar e desenvolvimento da personalidade) e da sociedade, recebendo cuidados, assistência e proteção especiais. Sem isso não é possível progresso social e vida humana digna: os menores de dezoito anos devem receber a hospitalidade familiar e social (alteridade) para estarem preparados para a vida em sociedade, reconhecendo a responsabilidade ética por outrem. Nesse viés, são necessários: espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade (elementos ausentes na racionalidade neoliberal).

De qualquer modo, fica evidente que a definição da maioria penal aos dezoito anos está ligada a um critério quantitativo de grande relevância para a segurança jurídica, impedindo soluções tópicas ou arbitrárias a respeito da responsabilidade penal. Caberá às medidas socioeducativas, sem seguir qualquer modelo correccionalista-disciplinar-moralizador, fazer os menores reconhecerem a alteridade do outro, uma “pedagogia da responsabilidade” que não anula o direito à diferença e autodeterminação pessoal⁴⁵.

Com todo o respeito devido à discussão em torno de fatores biológicos, psicológicos e sociais, não é possível negar que “os conceitos legais de criança e de adolescente são decorrentes mesmo da construção social acerca do que se entende por infância e adolescência, suas características, limites e peculiaridades distintivas segundo a concepção cultural dominante”⁴⁶. Um indicativo da pertinência dessa observação pode ser encontrada na evolução legislativa no Brasil: em 1830, apenas os menores de *quatorze anos* eram inimputáveis⁴⁷; em 1890, apenas os menores de *nove anos* tinham essa condição⁴⁸. No Brasil, o padrão atual de inimputabilidade em face da idade –

⁴⁴ BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*. 22 nov. 1990: “Art. 1º. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”.

⁴⁵ Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 599.

⁴⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direitos Difusos e Coletivos IV: Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16.

⁴⁷ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. *Coleção das Leis do Império do Brasil* (1830). “Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze anos”.

⁴⁸ BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. *Coleção de Leis do Brasil* (1890). “Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 anos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento”.

dezoito anos – foi positivado apenas em 1940⁴⁹. Por isso, nada impede que a responsabilidade por outrem inerente à alteridade levinasiana conduza – ou mantenha – a menoridade penal aos dezoito anos de idade, conforme uma tendência internacional.

Para finalizar, não se pode olvidar que a redução da maioridade penal atingirá todos os tipos legais qualificados em face de vítimas menores de dezoito anos. Afinal, o *telos* da circunstância qualificadora de um tipo legal, cujo crime é perpetrado contra uma vítima menor de dezoito anos, está ligado ao fato de ser o menor de dezoito anos mais vulnerável. Desta forma, não havendo o reconhecimento dessa vulnerabilidade dos menores de dezoito anos (assimetria comunicacional e não-satisfação de necessidade reais), quando autores de um *injusto penal* (tecnicamente um *ato infracional*), por paralelismo jurídico (isonomia), não poderá haver o estabelecimento de penas maiores para crimes praticados contra vítimas menores de dezoito anos. No caso brasileiro, isso atingiria, especialmente, os crimes contra a *dignidade sexual* ou à *assistência familiar* em relação aos menores de dezoito anos, previstos no Código Penal (arts. 111, I; 213, §1º; 216-A; 218-B; 225, parágrafo único; 227, §1º; 230, §1º; 244; 245; e, 247) e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa mudança no âmbito penal imporia, via “fórceps”, a alteração do conceito jurídico de adolescente, trazendo uma série repercussões não só no Direito Penal, mas, também, nos demais ramos do ordenamento jurídico, como, por exemplo, no direito de conduzir veículos automotores, no direito à adotar uma criança ou adolescente, e, no direito a se candidatar a cargos eletivos municipais. Enfim, como afirma Busato, trata-se de uma “aberrante proposta punitiva”⁵⁰.

2.1.2.3. Embriaguez incontrolável e completa

Entende-se por embriaguez a intoxicação aguda e transitória proveniente da ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos (entorpecentes, por exemplo),

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. 31 dez. 1940. “Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

⁵⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 560: “Por impulso midiático e sensacionalismo a respeito de casos concretos de mortes de pessoas praticados por menores de idade volta à lume a questão da diminuição dos limites de idade de responsabilidade penal. Essa é, sem dúvidas, uma aberrante proposta punitiva para solução de problemas sociais e não merece qualquer consideração ou trato científico, mas somente uma advertência: uma atitude dessa natureza ampliaria a faixa de pessoas suscetíveis aos nefandos e degradantes efeitos da intervenção do sistema penal, piorando mais a condição social e agravando os problemas que o discurso punitivo falacioso diz resolver”.

capaz de privar o sujeito em sociedade da necessária *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo) para o estabelecimento de responsabilidade penal.

Tocante à *iniciativa do sujeito*, a embriaguez pode ser de dois gêneros: *controlável* (quando o agente tem o poder de decidir ingerir álcool ou substância de efeitos análogos) e *incontrolável* (quando o agente não tem o poder de decidir ingerir álcool ou substância de efeitos análogos). A *embriaguez controlável* pode ser: a) *intencional/dolosa*: quando o sujeito se embriaga com intenção (define deliberadamente ingerir álcool ou substância de efeitos análogos, e a respectiva quantidade, consciente das consequências); b) *culposa*: quando o sujeito define livremente ingerir álcool ou substância de efeitos análogos, mas excede, sem intenção, a tolerância do seu organismo ao álcool ou substância de efeitos análogos e acaba embriagado, sem consciência das consequências; c) *preordenada*: quando o sujeito se embriaga para sublimar os seus freios inibitórios e, assim, poder praticar um crime qualquer. Por outro lado, a *embriaguez incontrolável* decorre de: a) *caso fortuito*: quando o sujeito desconhece o processo causador da embriaguez, que ocorre fortuitamente; b) *força maior*: quando o sujeito, em regra, conhece o processo causador da embriaguez, mas não pode impedi-lo em face de uma intervenção externa, como ocorre, por exemplo, em caso de narcotização forçada, motivo pelo qual essa espécie de embriaguez não deve ser classificada como “acidental”, uma vez que decorre de coação perpetrada por terceiro. Excepcionalmente, o processo causador do estado de embriaguez decorrente de força maior pode ser ignorado pelo sujeito embriagado.

Em relação aos *graus*, a embriaguez pode ser: a) *incompleta*: quando há diminuição da capacidade comunicacional; b) *completa*: quando há anulação da capacidade comunicacional (confusão mental, falta de coordenação motora e autodeterminação); c) *comatosa*: quando não há qualquer comunicação, diante do sono profundo ou estado de coma do sujeito em sociedade.

A incapacidade de culpabilidade ou inimputabilidade, em relação à embriaguez por álcool ou substância de efeitos análogos, fica limitada àquela que seja *incontrolável* (decorrente de caso fortuito ou força maior) e *completa*, quando, então, não haverá *simetria comunicacional*: a embriaguez não decorrerá de uma ação controlável pelo sujeito em sociedade, assim como ele não terá capacidade comunicacional, anulando a necessária simetria comunicacional e evidenciando um estado de vulnerabilidade, exigindo uma resposta ética do Estado, fundada na alteridade, ou seja, isenção de pena.

Nos demais casos, ou seja, quando a embriaguez for controlável (intencional, culposa ou preordenada) ou incompleta, haverá alguma capacidade comunicacional, pelo menos, *até o momento em que é iniciada a ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos*. Nesses casos, haverá responsabilidade penal que, no entanto, *jamais poderá ser objetivamente atribuída*, sob pena de violação do *princípio da culpabilidade (nullum crimen, nulla poena sine culpa)*.

O *princípio da culpabilidade (nullum crimen, nulla poena sine culpa)* impede que a responsabilidade penal seja objetiva. Embora a questão mereça maior atenção no âmbito da *teoria do tipo*, onde a (in)existência de dolo ou imprudência deve ser aferida, é preciso lembrar que, quando se tratar de *embriaguez controlável*, não decorrente de caso fortuito ou força maior (causada por ação livre do sujeito), mas sendo ela completa, igualmente, não haverá por parte do agente a necessária capacidade comunicacional (pressuposto da culpabilidade), pois, os seus freios inibitórios e a sua capacidade cognitiva serão afetados. Diante disso, é necessário encontrar um fundamento teórico capaz de justificar a resposta punitiva do Estado nos casos de embriaguez completa – *não preordenada* – decorrente de ação livre do sujeito em sociedade, sem se apoiar em teorias que configuram resquícios de uma responsabilidade penal objetiva, como, por exemplo, o *versari in re illicita* e seu corolário, a *actio libera in causa*.

Analisando criticamente a questão, Busato aponta que “a ideia da *actio libera in causa* tem origem no princípio romano do *versari in re illicita*, de larga utilização no direito canônico, que propõe uma espécie de responsabilidade objetiva, pois relaciona como obra do sujeito, atribuível a ele, tudo o que ele realiza a partir de uma conduta prévia ilícita: *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro caso*, ou seja, quem se envolve com a coisa ilícita é responsável pelo resultado fortuito posterior”⁵¹. O eminente penalista brasileiro não vê problema quanto à solução tradicional dada à questão (teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*), no que se refere à *embriaguez preordenada*. Porém, em relação às outras formas de embriaguez controlável (dolosa e culposa), quando o sujeito se conduz ao estado de assimetria comunicacional, reconhece a injustiça da solução tradicional, pois “há uma evidente equiparação entre a vontade do ébrio e a vontade da pessoa plenamente consciente”. Para ele, a *actio libera in causa* é uma construção deveras artificial, devendo a culpabilidade do agente ser aferida no momento da liberdade de atuação, ou seja, no momento da atividade livre de embriagar-se, seguindo essa aferição os padrões teóricos do conceito significativo de ação (Vives

⁵¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 567.

Antón), “onde a ação global deve ser considerada em todas as suas circunstâncias” (expressão de sentido comunicativo)⁵². Dessa forma, seria possível o abandono ao odioso instrumento da *actio libera in causa*.

Por fim, é importante registrar que a incapacidade de culpabilidade em face de *embriaguez patológica* (alcoolismo crônico ou uso problemático de álcool ou substância de efeitos análogos) está atrelada à ideia de *psicose* ou *doença mental*, não se relacionando com um quadro pontual de incapacidade comunicacional. Segundo lição de César Roberto Bitencourt, “a embriaguez habitual não se confunde com a embriaguez patológica, pois aquela seria representada pelo alcoolismo agudo, e esta pelo alcoolismo crônico [...] A embriaguez patológica manifesta-se em pessoas predispostas, e assemelha-se à verdadeira psicose, devendo ser tratada juridicamente, como doença mental”⁵³. Do mesmo modo, quando o estado psíquico patológico (crônico ou agudo) é consequência da *dependência* de drogas e retira a *simetria comunicacional* (igualdade no agir comunicativo), deverá ser reconhecida a incapacidade de culpabilidade, não em razão de “embriaguez por álcool ou substância de efeitos análogos”, mas sim por conta da existência de um quadro psíquico patológico (psicose ou doença mental), devidamente reconhecida por meio de prova pericial.

2.2. Alteridade e (des)conhecimento da ilicitude

Segundo o modelo finalista de infração penal, a falsa representação da realidade – erro – pode incidir sobre elemento constitutivo do tipo legal (*erro de tipo*) ou sobre o conhecimento do caráter injusto de determinada conduta (*erro de proibição*). Assim, segundo a *teoria limitada da culpabilidade* – adotada pelo Código Penal brasileiro –, o *erro de tipo* e o *erro de tipo permissivo* (incidem sobre elementos estruturais da infração penal), implicarão *atipicidade da conduta por ausência de dolo e imprudência* (quando o erro for *invencível*) ou a sua *desclassificação* para um *tipo imprudente* (quando o erro for *vencível* e houver previsão em lei), enquanto que o *erro de proibição* (incide sobre a ilicitude ou antijuridicidade da conduta) implicará *ausência de culpabilidade* (quando for *inevitável*) ou *parcial culpabilidade* (quando for *evitável*)⁵⁴. Robson Galvão explica que “há erro de proibição quando o sujeito, apesar

⁵² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 569.

⁵³ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal...*, p. 498

⁵⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 297: “A separação entre *conhecimento de fato* e *conhecimento do injusto do fato* determina a distinção entre *erro de tipo*, que exclui o dolo, e *erro de*

de conhecer completamente a situação ou suposto de fato do injusto, não sabe que sua atuação não está permitida. Então, o erro de proibição, como erro sobre a antijuridicidade do fato, tem por objeto a natureza proibida ou permitida da ação típica. O autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da valoração jurídica do fato”⁵⁵.

Apesar disso, é necessário reconhecer que a distinção entre *elemento constitutivo do tipo legal* e *elemento constitutivo da ilicitude ou antijuridicidade* nem sempre é tão nítida: em algumas infrações penais o tipo legal é constituído por elementos normativos que podem ser atingidos por uma falsa representação do direito. Um exemplo disso é o crime ambiental de pesca ilegal (norma penal em branco), cujos elementos do tipo, além de dependerem de um complemento advindo de outra norma, dependem de uma valoração jurídica por parte do sujeito⁵⁶.

Na plataforma normativista do finalismo ou do pós-finalismo a culpabilidade é *reprovação*. Por isso, em caso de *erro de proibição* (direto ou indireto)⁵⁷ *inevitável*, quando não haverá conhecimento da ilicitude e nenhuma dirigibilidade normativa, igualmente não haverá reprovação, e, conseqüentemente, não haverá culpabilidade e pena; em caso de *erro de proibição* (direto ou indireto) *evitável*, quando haverá a possibilidade de conhecimento da ilicitude e alguma dirigibilidade normativa, haverá uma reprovação reduzida, e, conseqüentemente, haverá uma culpabilidade também e, finalmente, uma pena reduzida, pois a culpabilidade também é medida da pena.

Muito embora exista pertinência temática, o estudo das teorias sobre conhecimento da ilicitude e o erro de proibição (teoria do dolo e o *dolus malus*, teoria da culpabilidade rigorosa e teoria da culpabilidade limitada), não é o objeto principal de análise no presente trabalho. Para a presente pesquisa, o fundamental, neste ponto, é *propor uma forma ética de solução dos casos penais* em que os sujeitos em sociedade,

proibição, que exclui ou reduz a reprovação, uma necessidade lógica da estrutura dos conceitos de dolo e de culpabilidade”.

⁵⁵ GALVÃO, Robson. *O erro no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 32.

⁵⁶ GALVÃO, Robson. *O erro no Direito Penal brasileiro...*, p. 34: “há situações de fato tão ligadas às situações de Direito, que o desconhecimento da lei pode constituir erro de tipo e não erro de proibição, pois o autor não tem a representação suficiente a respeito dos elementos do tipo, e nem poderia obtê-la mediante uma valoração paralela na esfera do leigo”.

⁵⁷ O *erro de proibição direto* incide sobre a existência, validade ou significado da lei penal; o *erro de proibição indireto* incide sobre justificação (excludente de ilicitude) inexistente ou sobre limites jurídicos de justificação existente.

em face de evidente *assimetria comunicacional*, não possuem condições de conhecer o caráter ilícito de uma conduta.

Tendo a culpabilidade como fundamento ético-material a alteridade, os seus pressupostos passam a ser a *simetria comunicacional* e a *inserção social*. Desse modo, o conhecimento da ilicitude e o erro de proibição precisam ser analisados, principalmente, a partir da *(as)simetria comunicacional* em um mundo plural e multicultural desprovido de uma moral uniforme. Robson Galvão adverte que “nos atuais Estados plurais, multiculturalistas, não é admissível pensar que ao princípio de culpabilidade baste o conhecimento da contravenção a uma lei moral para entender satisfeito o requisito do conhecimento da antijuridicidade. A moral é, atualmente, um fenômeno plural, não se podendo afirmar que num Estado todos os cidadãos tenham uma moral coincidente”⁵⁸.

Compatível com essa perspectiva a respeito do conhecimento da ilicitude e o erro de proibição é a crítica de Paulo César Busato: “é imperioso valorar a possibilidade de conhecer o injusto a partir das condições que o sujeito expressa em seu agir comunicativo. Só assim, estarão incluídas todas as variáveis pessoais de sua evolução social e vida de relação, de modo a permitir uma análise pessoal dessa componente da culpabilidade”⁵⁹. Desse modo, não é mais possível atribuir reprovabilidade, sob o artifício retórico da “valoração paralela na esfera do profano” (Mezger)⁶⁰.

A atribuição de responsabilidade penal (reprovação), em situações envolvendo possível erro de proibição, está atrelada a uma valoração que não é do leigo/profano: é o juiz, no caso concreto, que acaba fazendo essa valoração, cabendo destacar que ele não é um leigo. O juiz, dentro da totalidade do seu conhecimento, acaba negando a alteridade do leigo/profano e atribuindo responsabilidade a partir da sua compreensão de mundo, que constituem, em geral, critérios rígidos⁶¹. A provocação de Busato é precisa: “Não existe ontologicamente nenhum processo humano de desconhecimento de um objeto previamente apreendido, salvo os acidentes encefálicos. Assim, como poderá

⁵⁸ GALVÃO, Robson. *O erro no Direito Penal brasileiro...*, p. 38.

⁵⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 573.

⁶⁰ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 2. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 122-129.

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 305: “A possibilidade de conhecimento do injusto, que indica a evitabilidade do erro de proibição, depende de múltiplas variáveis, como a posição social, a capacidade individual, as representações de valor do autor etc. e deve ser medida por critérios normais de reflexão ou de informação, e não por critérios rigorosos, incompatíveis com a vida social”.

o jurista despir-se da condição de jurista e avaliar o que é o conhecimento leigo da ilicitude?”⁶².

Então, para haver culpabilidade, com fundamento na Ética da Alteridade, é necessário apurar o nível de inclusão-exclusão do sujeito em relação à comunidade argumentativa, especialmente se ele for um excluído do círculo hegemônico opressor que nega ao sujeito condições materiais de obter conhecimento a respeito daquilo que é proibido em uma determinada comunidade. Ademais, é inegável a impossibilidade de aferir a existência efetiva da consciência na mente do sujeito em sociedade, uma vez que ela é inacessível, desde o prisma da filosofia da linguagem.

Nas hipóteses de assimetria comunicacional geradora de *erro de proibição inevitável*, a ausência de culpabilidade – e consequente pena criminal – não é corolário da falta de reprovação (normativismo finalista), mas sim, do dever de acolhimento de sujeitos *estrangeiros* da comunidade argumentativa, sem qualquer pretensão colonizadora. A definição da condição de estrangeiro da comunidade argumentativa deverá ocorrer a partir da análise de fatores como: idade do sujeito, o seu grau de instrução e experiência profissional, a espécie de injusto, os costumes do lugar em que o sujeito vive ou viveu a maior parte do tempo etc. Serão fatores culturais, psicológicos e jurídicos que permitirão definir se o sujeito em sociedade possui igualdade no agir comunicativo ou se está em condição de assimetria comunicacional, situação que o tornará um estrangeiro na comunidade argumentativa, trazendo para o Estado o dever ético de acolhimento, com afastamento da culpabilidade e consequente isenção de pena. Afinal, em situações de assimetria comunicacional, com exclusão do sujeito da comunidade argumentativa (erro de proibição inevitável), ele não terá condições de obter acesso a meios de informação que possibilitem – materialmente – a ele conhecer o caráter injusto da sua conduta em relação às concepções morais dominantes. Não haverá potencial consciência da ilicitude, ou seja, não haverá conhecimento da antissocialidade ou da lesividade da conduta.

Somente atores jurídicos avessos ao efficientismo penal, dispostos a escutar esse estrangeiro e a diminuir a violência do Sistema de Justiça Criminal estarão abertos à exterioridade do outro (mudança de mentalidade). Serão os atores jurídicos refratários à uma cultura de ódio aqueles capazes de escutar esse outro em condição de assimetria comunicacional. Desse modo, a escuta do outro não pode ocorrer privilegiando a mesmidade do *eu-nós* (perspectiva colonizadora). Isso exige do julgador um movimento

⁶² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 572.

contranarcísico, uma abertura ao outro sem pretensão colonizadora, abandonando a lógica binária de que se o *eu* está certo e, por isso, é justo, o *outro* está errado. Escutar o outro implica destituição de qualquer certeza; é produção de fragmentos de dúvida e renúncia a posição de poder. Por mais “cientificamente” aprimorada pretenda ser a linguagem utilizada pelo legislador penal, sempre haverá campo para o processo hermenêutico ou ideológico e, conseqüentemente, haverá dúvida, debate ou discussão, exceto para os sujeitos alienados, solipsistas ou totalizantes. A subjetividade moderna (egocentrismo) colocou o outro em um horizonte longínquo, sendo que a mudança de entendimento a respeito do conhecimento da ilicitude – e do erro de proibição – exige uma reaproximação ao rosto do outro.

Para finalizar, vale ressaltar que a assimetria comunicacional aumenta em um Direito Penal que se expande frequentemente, dificultando sobremaneira a percepção do conteúdo material do injusto penal, uma vez que a referência a um determinado bem jurídico objeto de tutela por um tipo legal fica esfumada⁶³. Esse fator da expansão do Direito Penal também necessita ser sopesado na tarefa de atribuição de responsabilidade penal aos sujeitos em sociedade.

2.3. Alteridade e (in)exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de conduta diversa é um elemento da culpabilidade, enquanto que a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa de *exculpação*. A culpa pessoal do sujeito em sociedade (*responsabilidade ética individual pelo outro*) depende de condições específicas de *simetria comunicacional e inserção social*. A observância dos mandados, proibições e permissões legais é dever de todos os sujeitos em sociedade. Não obstante, a exigibilidade de conduta diversa possui níveis de variação segundo o comportamento exigido e as circunstâncias em que ele se realize. Quando o sujeito em sociedade está em situações extremas, onde, desde a Ética da Alteridade, não lhe é exigível uma conduta diversa, não será possível a aplicação de qualquer pena criminal (*responsabilidade ética coletiva pelo outro*). A inexigibilidade de conduta diversa é a espinha dorsal das causas de exculpação. Desse modo, desde os excluídos da

⁶³ TAVARES, Juarez. *Teoría del Injusto Penal*. Trad. Mario Pereira. Buenos Aires: Bdef, 2010. p. 179: “Al igual que todo concepto, el de bien jurídico sólo puede servirle a una auténtica teoría democrática del injusto, en la medida en que se corresponda con finalidades limitativas y no solamente con propósitos punitivos. De allí la necesidad de su formulación dentro de un sentido de lenguaje que exprese, en su propio origen y elaboración, los contornos exactos de las ‘zonas’ de intervención del Estado, a partir de la crítica de tal intervención y sobre los presupuestos de su legitimidad”.

comunidade de comunicação (vítimas da não-comunicação), é necessário formular fundamentos teóricos capazes de resolver casos penais de modo ético em relação à (in)exigibilidade de conduta diversa.

Enquanto a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável excluem a culpabilidade, as exculpantes permitem ao Estado, por *responsabilidade ética coletiva pelo outro*, renunciar ao poder de punir (razão ético-crítica)⁶⁴. Em situações de *pressão anormal de motivação*, situações essas que colocam em risco a produção, reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito em sociedade, as condutas devem ser exculpadas, pois é impossível obedecer às normas de dever da ordem jurídica. Diante de determinadas forças situacionais, haverá a exclusão ou redução da dirigibilidade normativa do sujeito em sociedade, de modo que também haverá a presença de exculpantes, por inexigibilidade de conduta diversa. São elas: a) coação irresistível; b) obediência hierárquica (exculpante imprópria); c) direito de resistência em face de desobediência civil; d) direito de resistência em face de objeção de consciência; e) direito de resistência em face de marginalidade e pobreza extremas.

2.3.1. Coação moral irresistível

Por *coação moral irresistível* compreende-se a intervenção de uma terceira pessoa, por meio de *violência física* ou *grave ameaça*, que impõe a um sujeito em sociedade um determinado comportamento, retirando-lhe ou reduzindo a sua dirigibilidade normativa, em face do sério temor gerado pela coação. Dessa forma, em que pese à existência de vontade, ficam afastadas a simetria no agir comunicativo em face da inafastável defesa das necessidades reais da pessoa coagida.

A *coação irresistível* contra um sujeito em sociedade pode ser: a) *física (vis absoluta)*: hipótese em que o emprego de violência física exclui a conduta, no âmbito do *injusto penal*, porque *não há vontade* de ação ou omissão de ação (*coactio absoluta*)⁶⁵; b) *moral (vis compulsiva)*: hipótese em que *há vontade* de ação ou omissão de ação, mas, o emprego de *violência física* (tortura, surras ou espancamentos) ou *grave ameaça*

⁶⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 502-503: “Nesses casos, o Estado admite que o particular se valha de desforço próprio para realizar a proteção de seus interesses, ainda que em detrimento da preservação de outros bens jurídicos de terceiros, porém, não pode fazê-lo de tal modo que a atitude do agente seja aprovada pelo ordenamento como uma regra geral, uma pauta de conduta”.

⁶⁵ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal...*, p. 484: “Nesse caso, o executor é considerado apenas um *instrumento* mecânico de realização da vontade do coator, que, na realidade, é o *autor mediato*”.

(anúncio sério e temível de mal à vida ou corpo do coagido ou de terceiros a ele ligados afetivamente⁶⁶) influencia o psiquismo do sujeito em sociedade de tal modo que ele é compelido a realizar um *injusto penal* (*coactio conditionalis*), cuja responsabilidade será exclusiva do coator, com possibilidade de agravamento da pena, nos termos da lei, uma vez que, assim, estará impingindo uma assimetria comunicacional, com negação da satisfação de necessidade reais do coagido ou do terceiro ameaçado.

Malgrado a existência de opiniões em sentido contrário⁶⁷, o caráter *irresistível* da coação deve ser avaliado objetiva e subjetivamente, ou seja, devem ser avaliados o *poder concreto de lesividade da violência física ou grave ameaça* (elemento objetivo) e a *repercussão do poder concreto de lesividade da violência física ou grave ameaça no psiquismo do coagido* (elemento subjetivo)⁶⁸.

Para o reconhecimento dessa exculpante é necessário, ainda, que a *violência física* e a *grave ameaça* impingidas ao coagido sejam iminentes (*prestes a acontecer*) ou atuais (*acontecendo*), não em um sentido cronológico, mas em um sentido de imediatez ou durabilidade (atualizável em dano a qualquer momento): se o coagido recusar-se a fazer ou deixar de fazer o que é determinado, o coator, pessoalmente ou por interposta pessoa, tem condições de cumprir a grave ameaça em seguida. Além disso, a coação para ser irresistível deve ser inevitável de outro modo (ausência de proteção alternativa razoável)⁶⁹.

2.3.2. Obediência hierárquica (exculpante imprópria)

Em várias legislações a obediência hierárquica é causa de exculpação, desde que o comando emanado de superior hierárquico *não configure uma ordem manifestamente ilegal*, ou seja, uma ordem cuja ilegalidade é evidente e cuja adesão à ilegalidade trará para o subordinado responsabilidade penal.

⁶⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal...*, p. 485: “Na verdade, não pode ser algo que independa da vontade do coator, alguma coisa que dependa de um fator aleatório, fora da disponibilidade dele [...] Ameaças vagas e imprecisas não podem ser consideradas suficientemente graves para configurar coação irresistível e justificar a isenção de pena”.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 507: “A possibilidade de resistir deve ser aferida objetivamente e não em face de circunstâncias pessoais de alta sensibilidade à intimidação de parte do sujeito”.

⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 322: “A irresistibilidade da coação deve ser avaliada do ponto de vista objetivo e subjetivo, capaz de medir a repercussão do potencial lesivo do emprego de força ou da ameaça no psiquismo do coagido”.

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 322.

O eminente penalista português Jorge de Figueiredo Dias sustenta que é dever do Estado cuidar da eficiência dos serviços que presta, o que ficaria prejudicado se os funcionários públicos (subordinados) ficassem com “um pé na prisão” a cada ordem de superior hierárquico a ser cumprida, ainda que não tenham consciência da real ilegitimidade da ordem recebida que, assim, não deveria ser cumprida⁷⁰. Com todo o respeito devido a esse entendimento, ele não deve ser acolhido. Como ressaltado, para a obediência hierárquica configurar uma exculpante, é necessário que a ordem não seja manifestamente ilegal. A ordem do superior hierárquico deve ser aparentemente legal.

Diante disso, as hipóteses e consequências serão as seguintes: a) o funcionário público tem uma falsa representação da realidade sobre elemento constitutivo do tipo de proibição ou do tipo de permissão (estrito cumprimento do dever legal) imbricado na ordem ilegal, situação em que restará configurado um *erro de tipo* ou *erro de tipo permissivo*, respectivamente, com a exclusão do *dolo* (se o erro for vencível) ou do *dolo* e da *imprudência* (se o erro for invencível), restando a responsabilidade de quem determinou o erro (o superior hierárquico); b) o funcionário público desconhece o caráter ilícito ou antijurídico da ordem ilegal, situação em que restará configurado um *erro de proibição*, com isenção de pena (se o erro for inevitável) ou redução de pena (se o erro for evitável), restando a responsabilidade de quem determinou o erro (o superior hierárquico); c) o funcionário público é coagido moralmente para dar cumprimento a ordem, situação em que restará configurada uma *coação*, com isenção de pena (se a coação for irresistível) ou atenuação de pena (se a coação for resistível), restando a responsabilidade do coator (o superior hierárquico).

A eficiência estatal não pode ser colocada acima da alteridade do outro (responsabilidade por outrem), que é o fundamento ético-material da culpabilidade. Privilegiar os interesses de Estado em detrimento da pessoa humana é um resquício de regimes políticos autoritários ou um claro sintoma da racionalidade neoliberal que tem, na eficiência, um dos seus maiores pilares. Essa preocupação com os agentes públicos que cumprem ordens de superiores hierárquicos pode, em um primeiro momento, demonstrar uma preocupação ética. No entanto, geralmente, configura uma estratégia sub-reptícia de atribuição de responsabilidade de crimes ao espectro da burocracia estatal, quando, então, ninguém sente a responsabilidade por seus atos em cumprimento de ordens superiores.

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 646.

A disciplina e a hierarquia são elementos fundamentais de qualquer estrutura burocrática. Nesse contexto, vários sujeitos obedecem cegamente ordens que consideram legais e, assim, justas, porque são incapazes de fazer uma avaliação moral dos fins das ações praticadas no contexto da função ou cargo que ocupam. Como demonstrado por Bauman, por meio de uma *meticulosa divisão funcional do trabalho* e a *substituição da responsabilidade moral pela técnica*, esses sujeitos em sociedade perdem a sensibilidade crítica (avaliação do que é verdadeiro e não-verdadeiro, segundo a ética da alteridade) e atuam guiados pela técnica⁷¹.

Vários sujeitos em sociedade, principalmente os agentes públicos, são programados para não sentir qualquer responsabilidade moral, obedecendo cegamente as ordens superiores forjadas a partir dos interesses hegemônicos, o que pode culminar em desastres humanitários. A divisão funcional e hierárquica do trabalho anula os impactos psicológicos daquele que realiza uma ação violadora de valores fundamentais da vida em sociedade, crendo estar agindo em conformidade com a lei e a justiça. Vínculos éticos são negados em favor de eficiência e ascensão profissional⁷². Um exemplo disso pode ser visto durante o governo nazista na Alemanha hitlerista: Eichmann⁷³.

Dessa forma, a burocracia e a obediência hierárquica a ordens que, em princípio, não evidenciam o seu caráter ilícito, são elementos indispensáveis para a perpetração de violações aos Direitos Humanos, sem sequer gerar nos sujeitos em sociedade, especialmente o funcionário público, qualquer sentimento de culpa pela

⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto...*, p. 122: “O uso da violência é mais eficiente e menos dispendioso quando os meios são submetidos a critérios instrumentais e racionais e, assim, dissociados da avaliação moral dos fins. Como assinalo no primeiro capítulo, todas as burocracias são boas nesse tipo de operação dissociativa. Pode-se mesmo dizer que dele provêm a essência da estrutura e do processo burocráticos e, com ela, o segredo desse tremendo crescimento do potencial mobilizador e coordenador e da racionalidade e eficiência de ação, alcançados pela civilização moderna graças ao modo geral, resultado de dois processos paralelos, ambos centrais ao modelo burocrático de ação. O primeiro é a *meticulosa divisão funcional do trabalho* (enquanto adicional à – e em suas consequências distinta da – linear graduação do poder e subordinação); o segundo é a *substituição da responsabilidade moral pela técnica*”.

⁷² NUNES, Leandro Gornicki. O Estado Penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o Holocausto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 19, n. 91, p. 201-226, jul.-ago./2011. p. 211: “Infelizmente muitos, preocupados em ascender na hierarquia de comando, atendem às expectativas dos superiores imediatos e cumprem um trabalho funcional técnico sem qualquer responsabilidade moral, segundo as suas percepções, desejosos de realiza-lo da melhor forma, caracterizando-os como um bom, eficiente e diligente especialista e trabalhador”.

⁷³ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José R. Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 310: “A não ser por sua extraordinária aplicação em obter progressos pessoais, ele não tinha nenhuma motivação. E essa aplicação em si não era de forma alguma criminosa; ele certamente nunca teria matado seu superior para ficar com seu posto. Para falarmos em termos coloquiais, ele simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo”.

execução de uma ordem que nega necessidades reais do outro (sujeito vulnerável), mas, que, dentro dos padrões burocráticos, é tecnicamente correta⁷⁴.

E essa situação de obediência hierárquica se torna mais complexa em um *estado de exceção*: forma legal daquilo que não pode ter forma legal. No *estado de exceção* há uma interseção entre o jurídico e o político, sendo que a disputa política anula a forma jurídica (suspensão da ordem jurídica). Há uma indeterminação entre democracia e absolutismo⁷⁵. Essa técnica de governo, quando exercitada sistemática e regularmente, fulmina a democracia, aniquila a tripartição de poderes e a ordem constitucional. A suspensão da forma jurídica configura uma zona de anomia construída pela própria ordem jurídica, conforme exposto por Agamben: “o estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”⁷⁶. Diante da nebulosidade entre a lei, a sua aplicação e a realidade o sujeito em sociedade, especialmente o funcionário público, mais facilmente pode cumprir uma ordem ilegal que, dentro do *estado de exceção*, é vista como juridicamente válida e legítima⁷⁷.

Em conclusão: quando o cumprimento de uma ordem aparentemente legal decorrer da obediência hierárquica a conduta será atípica, em caso de *erro de tipo (de proibição ou de permissão) invencível*, ou, a culpabilidade será excluída ou reduzida, em face de *erro de proibição (in)evitável*, de modo que a obediência hierárquica é uma *exculpante imprópria*, possuindo vínculos indissociáveis com os elementos subjetivos do tipo (injusto penal) e com o conhecimento da ilicitude (culpabilidade) imbricados na ordem ilegal.

Porém, e isso é o que justifica tratar do tema dentro da teoria culpabilidade, a obediência hierárquica pode configurar um *modulador* da (in)evitabilidade do erro (de tipo ou de proibição) que deve interferir na apuração da existência do elemento subjetivo do tipo legal (dolo e imprudência) ou do conhecimento sobre a ilicitude ou antijuridicidade da conduta.

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto...*, p. 125: “O que importa então é se o ato foi executado de acordo com o melhor conhecimento tecnológico disponível e se o resultado alcançou a melhor relação custo-benefício. Os critérios são claros e fáceis de operar”.

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12-13.

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção...*, p. 42.

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção...*, p. 48-49: “A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”.

2.3.3. Direito de resistência em face de desobediência civil

Embora a maioria dos sujeitos em sociedade tenha entronizado a obediência (em face do medo da tirania) e o servilismo à exploração da sua força de trabalho, assumindo (in)conscientemente a índole de escravo⁷⁸, há, por outro lado, aqueles que não aceitam a opressão imposta por ações políticas que negam a alteridade do outro e, assim, saem da letargia e resistem de modo individual ou coletivo, protestando eticamente, por meio de demonstrações públicas de bloqueios de vias e ocupações de espaços públicos, em favor do outro cuja vida é negada (programa articulado de resistência ou protesto por meio de ação coletiva). É o momento afirmativo do princípio material libertador⁷⁹. A isso a doutrina vem denominando *desobediência civil*⁸⁰. Porém, na perspectiva da Ética da Alteridade, antes de tudo, trata-se de um ato de *resistência* contra a negação dos direitos humanos – já – reconhecidos em tratados internacionais e na legislação interna de muitos países. É uma ação ética (responsabilidade), politicamente motivada contra a negação da vida do outro (estrangeiro da era neoliberal), derivada da negação das necessidades reais de cada sujeito em sociedade.

Atualmente, os protestos políticos são comuns diante de situações de negação de direitos humanos (trabalho digno, moradia, transporte público, educação, saúde, liberdade) e, sempre que deflagrados coletivamente, o Estado utiliza da repressão penal para dispersar a atuação dos atores sociais. Diante da organização e da força dos projetos coletivos de transformação social, o Estado incrementa a ação repressiva utilizando concomitantemente a sevícia e a lei penal: além de agressão física contra os manifestantes (membros do povo), a força policial, obedecendo às ordens do Poder Executivo (eleito pelo povo), trata de criminalizar as ações de movimentos sociais que causem danos colaterais ao patrimônio – que não se confundem com a subtração de

⁷⁸ DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética...*, p. 145: “... el que cumple escrupulosamente las normas morales vigentes es libre según la ley, pero en la interpretación del crítico es un ‘esclavo’ dentro del sistema vigente”.

⁷⁹ DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política...*, p. 105-106: “A afirmação da vida da vítima, que não-pode-viver pela injustiça do sistema, é ao mesmo tempo o que permite cumprir com a exigência de aumentar a vida da comunidade (ou do novo sistema que tivesse de originar-se) [...] devemos produzir e reproduzir a vida dos oprimidos e excluídos, as vítimas, descobrindo as causas de tal negatividade, e transformando adequadamente as instituições, o que de fato aumentará a vida de toda a comunidade!”

⁸⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 953-955. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 332: “A desobediência civil tem por objeto ações ou demonstrações públicas de bloqueios, ocupações, etc. realizadas em defesa do bem comum ou de questões vitais da população ou em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais, como greves de trabalhadores, protestos de presos e, no Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST)”.

coisa alheia móvel – e aos valores hegemônicos. Portanto, a violência estrutural inata ao capitalismo é garantida pela violência institucional dos agentes públicos, incrementando os conflitos sociais e a necessidade de novos protestos mais contundentes.

Geralmente, estudantes, professores, operários e até mesmo policiais, são alvos da perseguição do Estado que utiliza, além da ignomínia, tipos legais inconstitucionais (incitação ao crime, apologia de crime ou criminoso, e desacato, por exemplo) e meios de investigação por vezes abusivos para esvaziar qualquer ação contrária aos interesses hegemônicos. Por sua vez, os veículos de comunicação de massa, submissos ao mercado, apresentam uma imagem pejorativa daqueles que lutam para a efetivação dos direitos humanos e dos direitos sociais neles compreendidos, dando ensejo a um consenso alienante no seio da opinião pública, que aponta as vítimas da exclusão na era neoliberal como subversivos, vândalos, arruaceiros, baderneiros ou bandidos. Inúmeros são os exemplos desse tipo de estratégia utilizado pelo Estado para conservar a ordem neoliberal, sendo desnecessária a indicação de uma situação concreta, pois são fatos notórios na sociedade contemporânea.

Mas, consolidada a alteridade como fundamento ético-material do juízo de responsabilidade inerente à culpabilidade, não podem os atos de rebelião contra a tirania e a opressão do capitalismo neoliberal serem criminalizados, cabendo aos tribunais assumir a responsabilidade perante o outro (excluído social), impedindo que o Estado permaneça na condição de mantenedor de uma racionalidade que interpenetra todas as classes sociais: a racionalidade neoliberal.

Tocante às limitações éticas à exculpação por resistência ou desobediência civil, são indispensáveis para o seu reconhecimento no plano jurídico: a) nexos político e ideológico entre o protesto e a conduta violadora de um bem jurídico; b) o bem jurídico violado pela conduta não seja a vida ou a integridade física da pessoa.

2.3.4. Direito de Resistência em face de objeção de consciência

Decorrente do princípio da dignidade humana, a *objeção de consciência* ou *fato por decisão de consciência* configura um direito subjetivo inalienável e pode exculpar condutas vinculadas a deveres singulares incondicionais de cunho ideológico, moral ou religioso inseridos na esfera do direito fundamental à *liberdade de consciência* (opinião e crença) em um Estado Democrático de Direito. É um direito que visa a preservação da identidade da personalidade do sujeito em sociedade. Trata-se da recusa

em cumprir um comando legal imposto pelo Estado que contraria as convicções ideológicas, morais ou religiosas de um sujeito em sociedade. Em razão de arraigada crença religiosa, convicção filosófica ou formação cultural é impossível para o agente motivar-se de acordo com a norma. A lei fica incólume; o dever do objetor cumpri-la, não. Difere da desobediência civil porque não configura um programa articulado de resistência ou protesto (ação singular). O direito à objeção de consciência foi reconhecido pelo Parlamento Europeu como verdadeiro direito subjetivo que deriva dos direitos do homem e das liberdades fundamentais⁸¹.

É importante destacar que a conduta fundada na objeção de consciência está vinculada a convicções seriamente arraigadas no sujeito em sociedade e o eventual descumprimento do dever moral ou religioso gera nele grave tormento psicológico. Assim, ela não se confunde com a “objeção de conveniência” (capricho ou mesquinhez), pois o objetor busca promover um valor ou princípio ético (alteridade). A resistência do sujeito em sociedade, embora fruto de uma ação singular, tem por base um sistema de valores definido no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a vida, a liberdade, a fé religiosa, e outras necessidades reais (*fundamento jurídico objetivo*).

Por outro lado, não se trata de mero descumprimento de obrigação legal a todos exigível: é uma limitação à violência do Estado (*violência institucional*) sobre a consciência do outro (negação da negação da alteridade). O primado jurídico da liberdade de consciência se sobrepõe a um dever jurídico que viola as convicções ideológicas, morais e religiosas do sujeito em sociedade. Por isso, essa exculpante deve ser reconhecida como uma conquista civilizatória que privilegia a tolerância e a democracia.

Logicamente, sendo a liberdade de consciência um direito fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito, não faz sentido impor o cumprimento de deveres legais contrários à opinião e crença dos sujeitos em sociedade, desde que haja *solução alternativa* para a preservação de bens jurídicos e deveres de solidariedade, com garantia da produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade. Ora, sendo a função do Direito Penal – segundo o discurso jurídico oficial – a proteção subsidiária de bens jurídicos, assegurando as condições mínimas da vida social, deve o Estado garantir o mais livre desenvolvimento da personalidade de cada sujeito em sociedade, respeitando a alteridade do outro, não havendo razão democrática

⁸¹ PARLAMENTO EUROPEU. Resolução n. A3-09411/93, de 19 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a objeção de consciência nos Estados-Membros da Comunidade.

que sustente a culpabilidade em situações de objeção de consciência sem violação a bens jurídicos através de soluções alternativas⁸².

A liberdade de consciência (do indivíduo) é o fundamento da objeção ou fato de consciência, de modo que é uma exculpante desvinculada da igualdade entre os sujeitos em sociedade, pois se trata de uma liberdade singular. No entanto, para a configuração da exculpante é indispensável apoio na alteridade (responsabilidade por outrem), ou seja, razões apoiadas nas necessidades reais do sujeito em sociedade, geralmente, com previsão em tratados internacionais de Direitos Humanos e em cláusulas constitucionais que preveem direitos fundamentais⁸³. Do contrário, haverá violação do princípio da isonomia⁸⁴.

Os sujeitos em sociedade por serem livres podem viver de acordo com sua consciência, seguindo as suas convicções morais, políticas, filosóficas e religiosas, não podendo o Estado penetrar no foro íntimo onde residem assuntos privativos da consciência individual. Buzanello expõe que “a objeção de consciência, como espécie do direito de resistência, é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas. A escusa de consciência significa a soma de motivos alegados por alguém, numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente”⁸⁵.

É importante frisar, no entanto, que a liberdade de consciência não é absoluta e não poderá exculpar condutas que violem direitos fundamentais de estatura constitucional de outro sujeito em sociedade, como, por exemplo, a vida, a liberdade e a integridade física. Juarez Cirino dos Santos ensina que

“o *fato de consciência* define a experiência existencial de um sentimento interior de dever incondicional, cuja proteção constitucional impede valoração como *certo* ou *errado* – o julgamento do *fato de consciência* deve se reduzir à correspondência entre

⁸² Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, p. 661.

⁸³ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objeção de Consciência e Direito Penal: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46: “... deve tratar-se de conflito de consciência significativo, que leve o agente a passar por autêntica e profunda luta interna, capaz de afetar sua própria personalidade. O código normativo que impede o objeto de cumprir a obrigação legal, portanto, deve estar enraizado em sua vida, a ponto de não poder deixar de observá-lo, senão à custa de grave prejuízo a sua integridade moral [...] A vinculatividade da ordem jurídica faz com que somente diante de situações extremas alguém possa ser, excepcionalmente, dispensado do cumprimento de deveres legais”.

⁸⁴ BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 152, p. 173-182, out./dez. 2001. p. 175: “o objeto não pode sobrepor-se ao princípio da isonomia apenas pela alegação de que é objeto, pois, para eximir-se do cumprimento da obrigação jurídica, ele deve revestir-se de consistente fundamentação jurídica, moral ou política”.

⁸⁵ BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência..., p. 174.

conduta e mandamentos morais ou religiosos da personalidade, limitados exclusivamente por outros direitos fundamentais e coletivos. Logo, em tipos penais que protegem direitos humanos fundamentais, a exculpação do fato de consciência é condicionada à proteção do bem jurídico por uma alternativa neutra [...] Em nenhuma hipótese o *fato de consciência* exculpa a efetiva lesão de bens jurídicos individuais fundamentais – como a vida, por exemplo – porque a omissão da ação protetora privaria a vítima de todos os direitos”⁸⁶.

Para o pleno exercício da objeção de consciência como causa de exculpação de condutas, é prudente a exigência de prova do vínculo do sujeito em sociedade com a convicção moral, ética ou religiosa alegada.

No Brasil, há projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados para regulamentar a objeção de consciência⁸⁷. Em 22 de setembro de 2015, tal projeto de lei teve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, reconhecendo a sua constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa.

2.3.5. *Direito de resistência em face de marginalidade e pobreza extremas*

A Ética da Alteridade exige dos indivíduos e do Estado responsabilidade pelo outro: estrangeiros na era neoliberal ou excluídos sociais. Pessoas que estão em *circunstâncias sociais adversas* (marginalidade e pobreza), inerentes à exclusão da era neoliberal, não podem ficar submetidas à reprovação da lei penal quando a conduta desviante possuir relações com essas circunstâncias sociais, porque, além de não ser exigível delas uma conduta conforme o direito, há – antes de tudo – a obrigação ética do Estado de garantir as suas vidas. Então, antes de ser apurada a responsabilidade pessoal do sujeito desviante, é dever ético a apuração da responsabilidade do Estado. Vale ressaltar que não se trata de simples reprodução da tese da *coculpabilidade da sociedade* defendida por Zaffaroni, porque não seria o caso de simples atenuação da

⁸⁶ SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 330-331.

⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.335/2009. *Dispõe sobre o direito à objeção de consciência como escusa ao princípio constitucional insculpido no inciso II do artigo 5º, da Constituição Federal*. Colhe-se da justificção apresentada pelo autor, Deputado Federal Gonzaga Patriota (PSB-PE): “O direito de liberdade de consciência e de crença deve ser exercido concomitantemente com o pleno exercício da cidadania. A objeção de consciência, entretanto, não pode ser utilizada de forma indiscriminada e por motivo banal. Cada ser humano deve agir com base na sua própria consciência, sendo responsável por suas decisões individuais. A consciência reta se perfila à verdade objetiva, acolhida pelo coração humano. É a reta razão que deriva da dignidade da consciência individual. Aliado a isso, o indivíduo deve comprovar o seu envolvimento com a questão que está sendo alvo da objeção de consciência”.

pena. O que está sendo proposto é uma exclusão da responsabilidade penal, por inexigibilidade de conduta diversa (*exculpação*).

O giro dogmático decorrente da alteridade como fundamento ético-material da culpabilidade é evidente: ela – a culpabilidade – deixa de ser um juízo de reprovação da conduta do indivíduo para se tornar um juízo de verificação de responsabilidades. Será apurada, especialmente, a responsabilidade da sociedade e do Estado frente ao outro (desviante) e, posteriormente, a responsabilidade do desviante (culpável) frente ao outro (vítima do desvio), tudo a partir da realidade empírica da sociedade neoliberal, não havendo o uso de qualquer método ontológico de atribuição de responsabilidade ou moralismos. Não se questiona, assim, se o indivíduo tinha o *poder-de-agir-de-outro-modo* ou se ele violou o *dever de lealdade frente ao direito*; não se verifica a responsabilidade penal a partir de abstrações.

Caberá ao Estado apurar, previamente, a própria culpa ou responsabilidade em não garantir aos excluídos a satisfação das necessidades genuínas (alimentação, educação, saúde, transporte, enfim, cidadania). Antes de o Estado exigir condutas conforme o direito desses estrangeiros da era neoliberal é necessário que ele assuma a sua responsabilidade com esse outro e garanta a vida dele.

A estrutura (teórica e prática) do neoliberalismo não comporta e não tem interesse em inserir as massas miserabilizadas em condições de vida que promovam o pleno desenvolvimento dos direitos humanos (alimentação, saúde, educação, moradia, trabalho, previdência etc.) previstos em tratados internacionais e em Constituições de diversos países (*necessidades reais*). Os direitos sociais são negados nesse modelo político e econômico promovendo um agudo grau de exclusão social. Serão os excluídos sociais os clientes preferidos nos processos de criminalização de países que aderiram à racionalidade neoliberal. Por isso, todo e qualquer Estado que não rompa com o neoliberalismo estará aumentando a sua responsabilidade perante o outro marginalizado (estrangeiro da era neoliberal). Não é admitido, desde a Ética da Alteridade, o uso do Direito Penal para promoção da gestão disciplinar da pobreza.

Um Estado que promove exclusão social a partir de uma estrutura político-econômica neoliberal não pode aprisionar sujeitos que praticam condutas desviantes em busca da sobrevivência por meio de ações ou omissões rotuladas como criminosas. Sem o rompimento com essa tradição o Direito Penal permanece na condição de instrumento de conservação da segregação social e da gestão disciplinar da pobreza. O tecnicismo

dogmático que sustenta – tradicionalmente – a teoria da culpabilidade é um fator responsável pela agudização da exclusão social inerente à política econômica neoliberal.

Por isso, é apresentada nesta pesquisa uma possibilidade de exculpação desvinculada do dogmatismo eurocêntrico, sensível à realidade econômica de países periféricos assolados pelas políticas neoliberais, retirando do Estado a possibilidade de manter a sua gestão disciplinar da pobreza. Somente com uma ação (anti)dogmática será possível incluir as circunstâncias sociais de marginalidade e pobreza como causas de exculpação de condutas desviantes relacionadas à condição de exclusão social. Vale frisar que isso não implica estigmatizar a pobreza – erro grotesco –, já que a maior parte da população vive em condições de pobreza, permanecendo leal à legislação penal e à tradição judaico-cristã. Definitivamente, pobreza não é sinônimo de periculosidade. Mas, nem todos os pobres resistem à opressão das políticas econômicas neoliberais e vão buscar – contingencialmente – o sustento próprio e da família em práticas delituosas, notadamente, no tráfico ilícito de drogas e em crimes patrimoniais (furtos e roubos). A ameaça da fome, da doença e da insegurança concorrem para ações desviantes, tornando o ilícito uma resposta normal de sujeitos em situação social anormal. Inspirado na teoria marxiana, Juarez Cirino dos Santos sustenta:

“Quando condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, então o crime pode constituir *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*. Nessas condições, os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar, utilizando pautas excepcionais de *inexigibilidade* para fundamentar hipóteses *supralegais* de exculpação por *conflito de deveres*, porque, afinal, o direito é regra da vida. O ser humano concreto, expressão ‘bio-psíquico-emocional’ deformada de relações sociais desumanas, reage contra a violência da estrutura econômica da sociedade, instituída pelo Direito e garantida pelo poder do Estado, utilizando a única alternativa real de sobrevivência animal disponível, a violência individual. A abertura do conceito de *inexigibilidade* para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o Direito Penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida social. Nesse ponto, direito *justo* é direito *desigual*, porque considera *desigualmente* sujeitos concretamente *desiguais*”⁸⁸.

Nesse contexto de exclusão social, ainda que o sujeito desviante seja capaz de culpabilidade e conheça a ilicitude do seu comportamento, as circunstâncias sociais

⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 334.

adversas (marginalidade e pobreza) decorrentes da era neoliberal serão causa idônea de exculpação de condutas que visem a satisfação de necessidades especiais.

Quando a autodeterminação dos sujeitos está pressionada por um elevado grau de exclusão social e a conduta desviante se vincula à sobrevivência no ambiente hostil da era neoliberal, não é possível atribuir responsabilidade no âmbito da culpabilidade. E isso não decorre propriamente da inexigibilidade de conduta diversa, pois, nesses casos, sempre haverá a possibilidade física do atuar de outro modo, mesmo se tratando de um excluído social. Isso é uma condição da ação ou da omissão de ação, conforme visto no capítulo anterior. Aqui a questão é outra: na realidade da vida em tempos neoliberais, segundo a Ética da Alteridade, a irresponsabilidade dos excluídos sociais é uma decorrência da omissão do Estado frente ao rosto do outro, frente à ausência de hospitalidade com aquele que necessita da intervenção política do Estado para ter acesso aos bens e serviços necessários a sua sobrevivência (*responsabilidade ética coletiva pelo outro*).

Nunca é demais ressaltar que a observância dos mandados, proibições e permissões legais é um dever dos sujeitos em sociedade. Porém, o cumprimento desse dever está atrelado às circunstâncias materiais da vida que podem contribuir para um rompimento do dever de lealdade à lei. Quando essas circunstâncias materiais da vida decorrem da omissão do Estado na seara da sua responsabilidade pelo outro, surge a possibilidade dos tribunais exculparem a conduta do agente desviante, vitimado que é pelas políticas econômicas da era neoliberal (*responsabilidade ética coletiva pelo outro*). Essa providência jurídica é indispensável no contexto de grandes contingentes populacionais achacados pelo neoliberalismo, onde a negação da vida humana é corolário inevitável das políticas econômicas de esvaziamento estatal nas áreas sociais. A anormalidade das circunstâncias sociais em que os estrangeiros da era neoliberal estão inseridos, em um flagrante quadro de exclusão, deve interferir no juízo de responsabilidade afeto à culpabilidade. Isso evidencia a insuficiência do aporte doutrinário eurocêntrico que sustenta ainda hoje a teoria da culpabilidade no Brasil.

Os estudos sobre o neoliberalismo demonstram que essa política econômica promove exclusão social e, portanto, circunstâncias sociais de marginalidade e pobreza que configuram uma grave ameaça aos direitos humanos (fundamentais), pois negam necessidades reais de inúmeros sujeitos em sociedade. A marginalidade e a pobreza (penúria financeira) são sintomas de violência estrutural do neoliberalismo e também configuram formas de negação da produção, reprodução e desenvolvimento da vida de

cada sujeito em sociedade, de modo que essa violação aos direitos humanos afasta a responsabilidade dos excluídos sociais, fazendo emergir a anterior responsabilidade do Estado perante o rosto desse outro da era neoliberal. Nesse quadro deve o injusto da conduta desviante ser considerado exculpado, especialmente, porque o dever de lealdade ao direito, promovido por autores pós-finalistas como fundamento da culpabilidade, nestes casos, pressupõe um sacrifício muito grande para o sujeito desviante, desde um ponto de vista empírico de quem precisa sobreviver na sociedade excludente. Logo, quando o agir em conformidade com o direito exigir um grau de abnegação por parte do sujeito desviante extremado, caberá ao Estado reconhecer a exculpação e assumir o dever de promover a inserção social desse mesmo sujeito, ou seja, assumir a sua culpa, muito maior do que qualquer outra.

Há para o sujeito desviante que se encontra envolvido por circunstâncias sociais de marginalidade e pobreza um *direito à resistência*. Essas circunstâncias, excepcionalmente, podem excluir a responsabilidade do sujeito desviante, porque ele atua para satisfazer uma necessidade fundamental dentro da cultura e da linguagem que o cerca. Sem o reconhecimento dessa resistência, repita-se, não haverá efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais de Direitos Humanos e nas Constituições de muitos países da periferia do capitalismo global.

Não há sentido para o estrangeiro da era neoliberal, imerso em circunstâncias sociais adversas (marginalidade e pobreza), permanecer leal à ordem jurídica quando é propriamente o Direito que dá suporte para as ações no âmbito da economia política promovedoras da exclusão social e da negação aos direitos humanos retoricamente defendidos pelo discurso jurídico oficial. Nessas circunstâncias sociais de marginalidade e pobreza ocorre uma *alienação legal*: o Direito serve a propósitos contrários àqueles que ele se declara vinculado. Na era neoliberal, ao invés de garantir os direitos humanos, os direitos e garantias fundamentais previstos nas Constituições, o Direito passa a garantir a negação desses mesmos direitos, nascendo, assim, o direito à resistência, apesar da inegável e atual fraqueza política decorrente do sufocamento de movimentos sociais e da fragmentação social onde cada um é uma *empresa de si* e, dessa forma, há constante competição de um com os outros. A fragmentação social torna mais difícil a resistência. Apesar da escancarada desigualdade e exclusão social, a maioria se omite na luta por justiça social. Uns tem boa vida e estão satisfeitos; outros sequer sabem por onde começar a luta para afirmação da produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade. Falta consciência de classe e

força política para a transformação social. Por isso, todos que estão privados de direitos humanos fundamentais estão em uma situação de *alienação legal*⁸⁹. Pode-se afirmar com Gargarella que “a ordem legal se mostra cega diante das privações dos marginalizados, surda em face dos seus reclames ou carente de vontade para remediar as humilhações que padecem”⁹⁰. Em face dessa atuação do Direito, a qual nega as necessidades reais de grandes contingentes populacionais, constituídos por sujeitos marginalizados e pobres, não é possível exigir qualquer lealdade a esse mesmo Direito. Se a lei não assegura proteção aos direitos humanos (necessidades reais), sendo responsável diretamente por essa situação de exclusão, não há qualquer dever de lealdade.

O Direito, cuja lealdade é exigida pelos pós-finalistas no âmbito da culpabilidade, não protege aos que estão no contexto de marginalidade e pobreza. As demandas fundamentais desse outro (estrangeiro da era neoliberal) não são satisfeitas⁹¹. Mas, a gestão disciplinar da pobreza necessita ser garantida para o bem do desenvolvimento das políticas neoliberais. O desemprego e a (de)formação educacional que imprime à racionalidade neoliberal uma força incontrolável deixam de ser sopesados na perspectiva dos esquemas teóricos que estruturam a culpabilidade.

A hipótese de exculpação aqui defendida pode promover uma sensível mitigação da *violência institucional*, a qual garante a gestão disciplinar da pobreza, enfraquecendo, por outro lado, a *violência estrutural*, pois exige que o Estado, antes de criminalizar sujeitos excluídos (tradicionalmente selecionados para compor a população prisional de países que aderiram à racionalidade neoliberal), promova a inserção deles em condições de vida dignas e garanta aquilo que Fromm denomina *consumo ótimo*⁹².

⁸⁹ GARGARELLA, Roberto. El Derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *Astrolabio*. Barcelona, a. 3, n. 4, p. 1-29, maio/2007. p. 18.

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. El Derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema..., p. 19.

⁹¹ DRÈZE, John; SEN, Amartya. *Hunger and Public Action*. Oxford: Clarendon, 1989. p. 20: “O sistema econômico que produz a fome pode ser mal e o sistema político que a tolera pode ser perfeitamente repulsivo, porém, é possível que, nesta situação em que amplos setores da nossa população carecem da possibilidade de adquirir comida suficiente para sobreviver, não se esteja produzindo nenhuma violação de direitos legalmente reconhecida. A questão não é tanto que não existam normas jurídicas contra o morrer de fome. Isso é tão verdadeiro como óbvio. A questão é que os direitos de apropriação, intercâmbio e transação, legalmente garantidos, delineiam sistemas econômicos que podem ir na mão de situações em que a população careça da possibilidade de adquirir comida suficiente para sobreviver”.

⁹² Fromm diferencia *consumo ótimo*, vinculado às *necessidades genuínas* (alimentação, educação, saúde, transporte, cidadania), do *consumo máximo*, vinculado às *necessidades sintéticas* (fetiches mercadológicos inerentes ao consumismo fútil). Importante ressaltar que, embora os Estados capitalistas não atendam às *necessidades genuínas* de grande parte da população, estimulam o *consumo máximo*, difundindo individualismo e fetichismo, pressionando a todos para se tornarem consumistas. Esse caráter social acaba sendo reproduzido pela totalidade da população, inclusive, por aqueles sujeitos que serão selecionados pelo Sistema de Justiça Criminal. Eles também sofrem da chamada “falta sintética”, gerando

Sem isso, o Sistema de Justiça Criminal continuará sendo o garantidor da gestão disciplinar da pobreza, impedindo qualquer diminuição das desigualdades sociais⁹³. Jamais haverá erradicação da pobreza ou diminuição das desigualdades sociais (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil) se a teoria da culpabilidade não reconhecer que as *circunstâncias sociais adversas* (marginalidade e pobreza) como causa (supra)legal de exculpação.

No caso brasileiro, para afastar essa incongruência entre a Constituição de 1988 e os processos de criminalização que culminam na gestão disciplinar da pobreza, é necessário esse reconhecimento das circunstâncias sociais de marginalidade e pobreza como causa (supra)legal de exculpação. Afinal, quando um sujeito desviante se encontra em circunstâncias sociais de marginalidade e pobreza, não pode o Estado exigir dele uma conduta conforme o direito.

Muito embora a história demonstre que o mero reconhecimento legal de causas de justificação ou de exculpação seja algo insuficiente para a transformação das mentalidades no seio do Sistema de Justiça Criminal, especialmente em matéria jurisprudencial, comparativamente, essa compreensão do problema parece ter influenciado a legislação colombiana⁹⁴: segundo o Código Penal colombiano, é plenamente possível a exculpação de pessoas que pratiquem o injusto influenciadas por situações de marginalidade, ignorância e pobreza extremas, enquanto haja relação com a conduta. Trata-se de uma forma do Estado assumir a sua responsabilidade pelo outro

uma nova negação. Ver: FROMM, Erich. *Sobre la desobediência y otros ensayos*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 33-34.

⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...*, p. 419: “No Brasil e nos países periféricos, a *política criminal* do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma *política criminal* positiva do Estado existe, de fato, como mera *política penal* negativa instituída pelo Código Penal e leis complementares: a definição de crime, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal”.

⁹⁴ COLÔMBIA. Ley n. 599, de 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario Oficial*. Bogotá. 24 de julio de 2000: “Artículo 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”. Tradução livre: “Artigo 56. Aquele que realize a conduta punível sob a influência de profundas situações de marginalidade, ignorância ou pobreza extremas, enquanto tenha influenciado diretamente na execução da conduta punível e não tenham entidade suficiente para excluir a responsabilidade, incorrerá em pena não maior que a metade do máximo, nem menor que a sexta parte do mínimo da cominada na respectiva disposição”.

(estrangeiro da era neoliberal) vitimado pelo desastre das políticas econômicas impostas aos países da periferia do capitalismo.

Para finalizar, é importante expor algumas limitações à exculpação com base em circunstâncias sociais adversas de marginalidade e pobreza, a fim de ser mantida a coerência com a ética da alteridade. Para o reconhecimento dessa hipótese de exculpação é indispensável: a) nexos etiológicos entre a pobreza econômica e a conduta violadora de um bem jurídico; b) o bem jurídico violado não seja a vida ou a integridade física da pessoa.

Considerações Finais

“Para que pueda ser, he de ser otro, salir de mí, buscarme entre los otros, los otros que no son si yo no existo, los otros que me dan plena existencia.” (Octavio Paz)

O neoliberalismo, enquanto fenômeno econômico e cultural, não pode deixar de ser analisado pela teoria da culpabilidade, em face da imensurável alteração que promoveu nas relações intersubjetivas. A desestruturação que ele promoveu nas políticas sociais e, principalmente, na racionalidade dos sujeitos em sociedade, trouxe severas consequências no modo de viver, merecendo destaque a exclusão social e a dessolidarização por ele promovidas, a partir da *concorrência generalizada* (razão competitiva).

A racionalidade neoliberal, fundada pelo princípio da *concorrência generalizada*, altera profundamente a relação do *eu* com o *outro*, ficando prejudicada a Ética da Alteridade, pois, cada indivíduo se transforma em uma *empresa de si*, negando a vida do *outro* em um ambiente de extrema competição: o que importa é vencer...

Para conter a violência dos indivíduos entre si, o Estado oculta a violência econômica (estrutural) e a violência das suas instituições (institucional), reforçando o controle social daqueles considerados mais perigosos. Para fazer frente ao esvaziamento das políticas públicas no âmbito dos direitos sociais e à dessolidarização, o Estado busca disciplinar a pobreza (considerada a classe dos perigosos) por meio de um controle social maximizado (*biopolítica*), e, em caso de fracasso desse controle, permite a eliminação da vida daqueles que são considerados inúteis e perigosos (*tanatopolítica*).

A psicanálise demonstra que essa via punitivista é equivocada. O reconhecimento do *outro* é uma necessidade inafastável da humanidade. Não há sujeito sem outro. Será do *outro* que o *eu* surgirá. Será do amor ao outro que surgirá o sentimento de culpa e o sentimento de pertencimento à comunidade, indispensáveis para conter os instintos e as pulsões de morte do animal humano. Vivendo em um isolamento egocêntrico e narcisista, inerente à racionalidade neoliberal, o sujeito mais facilmente age com violência ou desprezo ao outro. Eis a possível interseção entre a psicanálise e a Ética da Alteridade de Levinas, com a releitura antropológica da Ética da Libertação de Dussel, evidenciando o imanente fracasso dos discursos biopolíticos que implementam o estado de polícia.

A racionalidade neoliberal tem produzido sujeitos que não reconhecem limites e negam o *outro* para conseguir gozar mais. Essa nova economia psíquica, ligada ao discurso capitalista pela necessidade de superação de todos os limites, produz um novo sujeito (*neossujeito*) predisposto a fazer qualquer coisa para conseguir gozar daquilo que lhe é exigido na sociedade de consumo. Neste ponto reside – contingencialmente – o incremento da violência: na *ausência de reconhecimento do outro*.

Não será o eficientismo penal a solução para a diminuição dos atos de violência. É necessário que cada sujeito seja estimulado a desenvolver o seu sistema normativo interno, sem que isso ocorra artificialmente (de fora para dentro por meio de mais repressão penal). Cada sujeito precisa internalizar a alteridade e assumir a sua responsabilidade em face do *outro*, algo que está muito além dos restritos limites do eficientismo penal.

A simples validade intersubjetiva dos processos de criminalização, por meio da linguagem, embora seja um momento ético indispensável, não é suficiente para a definição do fundamento ético-material da culpabilidade. Afinal, a consensualidade do círculo hegemônico oprime as vítimas em comunidade (assimetria comunicacional). Se for para reconhecer algum consenso, este deve partir da assimetria de um sistema político e social, lugar onde está o *outro*: o estrangeiro da era neoliberal.

A episteme jurídico-penal vinculada às diversas manifestações normativistas não promove qualquer ruptura ética com as diversas formas de violência (estrutural e institucional). Tudo fica limitado à taxionomia (classificação e análise) dos pressupostos teóricos que não dialogam com a realidade da vida dos sujeitos em uma sociedade excludente e altamente competitiva. Utiliza-se de uma razão analítica incapaz de garantir a *produção, reprodução e o desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*. Essa razão discursiva, aparentemente neutra, tem por verdadeiro propósito a manutenção das coisas como estão: não se trata de discursos neutros ou livres de valor, é o emprego de um instrumental teórico conservador do *status quo*. Por isso, para além da incongruência dos métodos de definição da culpabilidade, tradicionalmente vinculados a juízos de valor, é necessário buscar um fundamento para a culpabilidade com pretensão de verdade ética, ou seja, que se vincule à *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, com a garantia da igualdade no agir comunicativo (*simetria comunicacional*) e a satisfação das necessidades reais (*inserção social*).

Nesse sentido o pensamento de Levinas e Dussel é ferramenta de humanização do Sistema de Justiça Criminal. Apesar de algum grau de preconceito envolvendo o pensamento levinasiano, apontado como teológico (não-filosófico) – algo completamente infundado –, é inevitável reconhecer que o Direito possui fortes ligações com a alteridade.

Quando, por meio de uma diáspora, forem rompidas as barreiras da ontologia positivista, inerente ao campo analítico jurídico (totalidade linguística), chegar-se-á – para além da essência – à metafísica da alteridade ou da libertação, ocasião em que será possível conceber o sujeito desviante como um *outro-modo-que-ser* (com a substituição do *eu* punitivista pelo *outro* que me obriga e me faz humano), evitando-se a reprodução, no âmbito do Sistema de Justiça Criminal, de algo semelhante a Auschwitz, Treblinka, Sobibor, ou, à matança da juventude pobre e negra nas periferias das cidades e prisões do Brasil. É necessário ir além da ontologia que caracteriza os discursos e as práticas jurídicas cotidianas. Saber que o *outro* me obriga e a reciprocidade não é exigida. Sair do isolamento do *eu*, deixar de impor uma ilusória superioridade com pretensão dominadora. Dar prioridade ao *outro* sem perder a si próprio. Viver como *eu-com-o-outro*.

O *normativismo jurídico* (ilusão positivista) não é – e nunca será – observado em sociedades desiguais, injustas e excludentes, ou seja, onde há luta de classes. Os interesses políticos de cada classe promovem um jogo sangrento onde os sujeitos mais fortes, definidos por Gramsci como o *bloco hegemônico*, tratarão de solapar, sempre que necessário, os direitos sociais dos mais débeis, conquistados em momentos históricos de evolução ética, instituindo ou preservando um *estado de exceção*. Tudo isso fica claro quando é feito um “exame tanatológico” na Constituição do Brasil de 1988: o golpe político-jurídico que, em 2016, destituiu a Presidente eleita democraticamente não deixa dúvida sobre a sua “morte”. Fica nítido que o *decisionismo jurídico* (realidade política) não vê o povo (gente-que-vive-do-trabalho) como fundamento do poder político e jurídico, apesar de toda a propaganda democrática. Diante do cínico império do ontologicismo normativista, o Direito e a “Justiça” acabam se fundando na realidade das *forças políticas* (violência) e o *estado de exceção* convive tranquilamente no âmago da ilusão positivista. Diante dessa constatação empírica, é necessário reconhecer a insuficiência da *ontologia positivista* (normativismo) e os perigos do *pragmatismo político* (decisionismo), permitindo à *alteridade* ser o fundamento ético-material da culpabilidade (proposta transformadora).

Afinal, a ética da alteridade informa, transforma e, por fim, deforma o que se entende por justiça, quando ela – a justiça – se torna injusta (relação de ambiguidade). A infinitude da ética desvela a finitude da justiça, sempre que há negação do outro. Normativismo e decisionismo são anulados pela ética da alteridade e a culpabilidade passa a ser um lugar de fala dos estrangeiros da era neoliberal (gente excluída socialmente e oprimida politicamente), não mais atingidos pelos processos de criminalização secundária.

A crispação produzida pela derrocada da *ilusão normativista* e do *ser decisionista* faz o Direito Penal viver a *Il y a* (há): o momento da derrocada de qualquer sentido, um mundo de espectros onde o humano se torna um fantasma dissolvido no ter (ser impessoal consagrado na ontologia e, por isso, destrutível)¹. A vantagem desse momento de derrocada reside no fato de ele trazer uma terrível lucidez que permite enxergar a necessidade de abertura ao *outro* – para além do ser (ontologia egoísta; *mesmidade*) – como meio para o encontro de sentido à vida.

Muito embora a totalidade ontológica (*ser-em-si-mesmo*) dos normativismos e dos decisionismos seja um obstáculo à alteridade, é também a causa da resistência do outro (subversivo), que resiste e se recusa a aceitar passivamente qualquer pretensão de esgotamento de todo o sentido possível da realidade. Enfim, sem reduzir a alteridade à resistência à *mesmidade*², embora a consequência mais atroz da metafísica da violência (subjetivismo, individualismo, negação do outro) seja a guerra, paradoxalmente, será a pretensão de redução de sentido da realidade na totalidade ontológica (identidade *Uno-ser*) a causa primeira da resistência do *outro* que nega a negação da alteridade pelo totalitarismo do *eu* e da razão que busca converter tudo em propriedade sua.

Por tal razão, a *exterioridade do outro* pode ser a força fundante do Direito e de um novo fundamento ético-material à culpabilidade, configurando uma *exceção* que

¹ MELO, Nélcio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas...*, p. 36: “O *Il y a* é a experiência da escuridão da noite que preenche todos os espaços e invade todas as possibilidades de ser. É a noite do ser irremissível, sem perspectiva de determinar-se. As trevas da noite do ser não o *horror do ser e não para ser: o horror* que executa a condenação àquela realidade perpétua, sem saída da existência. O horror da noite é sem dúvida o momento inevitável, o instante do *nada de ser*”.

² LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito...*, p. 25: “O Outro metafísico é outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteridade que não é um simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda a iniciativa, a todo o imperialismo do Mesmo; outro de uma alteridade que constituiu o próprio conteúdo do Outro; outro de uma alteridade que não limita o mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sistema, ainda o Mesmo”.

promove a vida de cada sujeito em sociedade. A força fundante da alteridade está aberta à infinita transcendência do *rostro do outro* (epifania do *totalmente outro*; negação da *mesmidade do eu*), sem pretensão totalizante. É a passagem do *eu* (ontologia) para o *ser-para-o-outro* (alteridade) que faz o *ser* emergir da condição de *Il y a* e ressurgir desatrelado da ontologia. Ela – a alteridade – impede a cooptação das inteligências realizada pela totalidade da ilusão normativista e impede a negação da vida pelo totalitarismo do pragmatismo decisionista. Trata-se da crítica que antecede a ontologia dogmática de um *ser* normativista ou decisionista, pois, em Levinas, a ética é anterior a qualquer ontologia (filosofia do poder e da injustiça), sendo o início de toda meditação em torno da pergunta sobre o *ser*. É também uma relação de sacrifício sem heroísmo (desprovida de qualquer egocentrismo), capaz de impedir o esquecimento do inesquecível (aquilo que há de mais atroz e cruel nas relações humanas), quando a razão se encontra cansada e entorpecida diante do aparelho televisão ou do *gadget* (máquinas de aniquilação da memória).

A manutenção de um Sistema de Justiça Criminal direcionado à preservação da *mesmidade* (ontológico), ou da ideia *identidade-ser-totalidade*, acarreta a morte do *outro*, gerando para o *eu* uma responsabilidade inafastável e o fim da linguagem. O *si mesmo* é solidão. Portanto, ausência de linguagem, impossibilidade de fala. Sem a linguagem, eliminada pela ontologia da *mesmidade*, o medo (catalisador da estagnação linguística) aumenta e inicia-se a idolatria (crença cega na imagem), instituindo-se o grito autoritário e imediatista (retorno das forças arcaicas), com incremento das possibilidades de negação da vida. Isso evidencia a importância da ética da alteridade na construção de um novo fundamento para a culpabilidade, pois ela interrompe esse tempo idolátrico da totalidade egocêntrica e narcisista (escravidão do *si-mesmo*).

Desde esses pressupostos é inevitável alterar o fundamento ético-material da culpabilidade. Afinal, dentro do conceito analítico de infração penal, a culpabilidade é a categoria com maior possibilidade de abertura à *exterioridade do outro*, fazendo da alteridade o seu fundamento. Havendo o reconhecimento da alteridade como fundamento ético-material da culpabilidade, ocorrem mudanças significativas nas categorias que a constituem tradicionalmente, e, assim, outras formas de exculpação podem ser reconhecidas pela dogmática penal e pela jurisprudência de um país assolado pelo encarceramento em massa e pelo genocídio da juventude pobre e de baixa escolaridade.

Ainda que neste trabalho não tenha havido uma significativa transformação no léxico e na estrutura normativista da culpabilidade vigente no Brasil, a inscrição da alteridade como fundamento ético-material dessa categoria constitutiva do conceito analítico de infração penal pode produzir importantes e significativas mudanças no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, especialmente, a partir das novas causas de exculpação de condutas (direito de resistência pela desobediência civil, direito de resistência pela objeção de consciência e direito de resistência em face de marginalidade e pobreza extremas). Cumpre registrar que a permanência do léxico e da estrutura normativista é uma estratégia de comunicação com a comunidade jurídica, especialmente com a magistratura (lugar de atuação daqueles que mais podem transformar o Sistema de Justiça Criminal).

No entanto, é importante destacar que a principal mudança proposta reside no afastamento da culpabilidade da perspectiva tradicional do normativismo finalista ou pós-finalista (*poder-de-agir-de-outro-modo*), que ignora a assimetria comunicacional e a exclusão social inerente ao capitalismo, mormente em sua versão neoliberal. Apesar da presença da *simetria comunicacional* e da *inserção social* como pressupostos do juízo de responsabilidade penal atrelado à culpabilidade, isso não representa um retorno à ilusória *liberdade de vontade* típica do normativismo finalista. Esses pressupostos do juízo de responsabilidade penal procuram estabelecer como culpável os comportamentos que negam a vida do *outro*, incluída, aqui, a sua atuação do Estado nos processos de exclusão social (*violência estrutural*) e a própria resposta oficial em face do crime (*violência institucional*). A presença simultânea da *simetria comunicacional* e da *inserção social* como elementos indispensável de atribuição de responsabilidade penal não serve para aferir a (in)existência de um *poder-de-agir-de-modo-diverso*. Tais pressupostos devem funcionar – apenas – como balizas da reação estatal diante de condutas desviantes, ampliando, inclusive, as hipóteses de afastamento da responsabilidade penal (direito de resistência pela desobediência civil, direito de resistência pela objeção de consciência e direito de resistência em face de marginalidade e pobreza extremas) com abertura ética à *exterioridade do outro*, negada pela ontologia totalizante dos paradigmas vigentes no âmbito da culpabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinicius N. Honesko. Chapecó: Argos, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 2010.
- ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crown: mass incarceration in the Age of Colorblindness*. New York-London: The New Press. 2010.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo [Org.]. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ALBUQUERQUE, José Durval Cavalcanti de. Resenha A Perversão Comum: *common perversion*. *Tempo Psicanalítico*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, p. 213, 2010.
- AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal. sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires. *Panóptica*, a. 3, n. 18, p. 197, mar-jun. 2010.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.
- ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- AUDIER, Serge. *Le Colloque Lippmann: aux origines du néolibéralisme*. Latresne: Le Bord de l'Eau. 2008.
- AVELÂS NUNES, António José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BACHELARD, Gaston. *Epistemologia*. 2. ed. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Critica e Critica do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Montivideo: B de F, 2004.
- BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcus Panchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Panchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Libertad*. Trad. Antonio Bonnano. Buenos Aires: Losada, 2007.
- BERARDI, Franco. *A fábrica da infelicidade: trabalho cognitivo e crise da new economy*. Trad. Orlando dos Reis. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ah-Doc, 2004.
- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BRINKMANN, Svend. *Stand Firm: resisting the self-improvement craze*. Cambridge: Polity, 2017.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 152, p. 173-182, out./dez. 2001.
- CALLIGARIS, Contardo. Nossas futilidades. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 19 nov. 2015. p. C8.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Levinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- CANO, Ignácio; LEMGRUBER, Julita; MUSIMECI, Leonarda. *Quem vigia os vigias*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminalogia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CERQUEIRA, Daniel. *et al. Atlas da violência 2016*. Brasília: IPEA-FBSP, 2016.
- CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?*. Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

- CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEL, 1996.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- COSTA, Pietro. Discurso Jurídico e Imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (Org.). *Paixões do Jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Trad. Daniele R. W. de Araújo. Curitiba: Juruá, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [Org.]. *Direito e Psicanálise: interseções a partir de 'O Estrangeiro', de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELGADILLO, Jorge Medina. Cuatro claves antropológicas en Humanismo del Otro Hombre de Emmanuel Levinas. *Veritas*. Porto Alegre, v. 62, n. 1, p. 4-16, jan-abr/2017.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. T. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- DIETER, Maurício Stegemann. *A Política Criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *A guerra dos meninos: assassinatos de menores no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikhailovitch. *Notas do subsolo*. Trad. Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2008.
- DRÈZE, John; SEN, Amartya. *Hunger and Public Action*. Oxford: Clarendon, 1989.
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma: uma psicopatologia do Brasil entre muros*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.
- DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Trad. Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007.
- DUSSEL, Enrique. *14 Tesis de Ética: hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Trotta, 2016.
- EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Warum Krieg? Ein briefwechsel*. Paris: Internationales Institut für geistige Zusammenarbeit [Völkerbund], 1933.
- ESPOSITO, Roberto. *Communitas: origen y destino de la comunidade*. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.
- ESPOSITO, Roberto. *Immunitas: protección y negación de la vida*. Trad. Luciano P. Lopez. Buenos Aires: Amorrortu, 2009.

- ESPOSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.
- FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2009.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. (1847), §§ 12 e 13.
- FOLEY, Michael. *A Era da Loucura: como o mundo moderno tornou a felicidade uma meta (quase) impossível*. Trad. Eliana Rocha. São Paulo: Alaúde, 2011.
- FORBES, Jorge. *Inconsciente e responsabilidade: psicanálise do século XXI*. Barueri: Manole, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria E. Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2000.
- FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Trad. José Octávio de A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- FREUD, Sigmund. *Obras Completas: O Mal-estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FREUD, Sigmund. *Das Unbehagen in der Kultur*. Viena: Verlag, 1930.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Trad. José Luis G. Dalbora. Montevideo: B de F, 2003.
- FROMM, Erich. *Sobre la desobediência y otros ensayos*. Barcelona: Paidós, 2004.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 8. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- GALVÃO, Robson. *O erro no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- GARGARELLA, Roberto. El Derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *Astrolabio*. Barcelona, a. 3, n. 4, p. 1-29, maio/2007.
- GIARD, Agnès. *Um désir d'Humain: les "love doll" au Japon*. Paris: Les Belles Letters, 2016.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática penal? *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: 1990.
- GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo: B de F, 2002.
- GRANJA, Patrick. *UPP: o novo dono da favela. Cadê o Amarildo?* Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso no direito? *Direito GV*. São Paulo, v. 2, n. 1, trad. Flávio P. Püschel, p. 223-240, jan/jun-2006.
- HAN, Byung-Chul. *La sociedad del cansancio*. Trad. Arantzazu Saratzaga Arregi. Barcelona: Herder, 2012.
- HASSEMER, Winfried. Neurociências e Culpabilidade em Direito Penal. In: BUSATO, Paulo César Busato (Org.). *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- HAYEK, Friedrich August. *The Road to serfdom*. Londres: Georges Routhledge, 1944.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objecção de Consciência e Direito Penal: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: novos problemas e novos desafios para a teoria social. In SANTOS, Boaventura de Souza [Org.]. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- HOFFMANN, Christian. “Eu” devo assumir a responsabilidade do inconsciente. *Ágora*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 41-46, jan-jun/2005
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções críticas*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de A. Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Días. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LACAN, Jacques. *O Seminário. Livro 17: o avesso da psicanálise (1969-1970)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

- LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *Perversão Comum: viver juntos sem o outro*. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.
- LEVINAS, Emmanuel. *De outro modo que ser o más allá de la essência*. Trad. Nijhoff Haia. Salamanca: Sígueme, 1987.
- LEVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*. Lisboa: Edições 70. 1988.
- LEVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (et al.). Petrópolis: Vozes, 1997.
- LEVINAS, Emmanuel. *Da Existência ao Existente*. Trad. Paul Albert Simon, Ligia M. de Castro Simon. Campinas: Papyrus, 1998.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. 3. ed. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2015.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal: ética, mídia e empresa*. Trad. Juremir M. da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004.
- LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1985.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: elaboração crítica à recente filosofia alemã que tem como principais representantes Feuerbach, B. Bauer e Striner, e ao socialismo alemão representado por seus diferentes profetas*. Vol. 1 – Feuerbach: a oposição entre as concepções materialista e idealista. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.
- MELO, Nélvio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José A. Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.
- MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: an experimental view*. Londres: Tavistock, 1974.
- MILLER, Jacques-Alain. Entrevista concedida à *Psychologies Magazine*. Entrevistadora: Hanna Waar. out-2008.
- MOURA, Tatiana Wately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN: junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2015..
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal: una introducción*. 10. ed. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NUNES, Leandro Gornicki. O Estado Penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o Holocausto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 19, n. 91, p. 201-226, jul.-ago./2011.

OSTRY, Jonathan D.; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. Neoliberalism: oversold? *Finance & Development*. Washington-DC, v. 53, n. 2, p. 38-41. jun/2016. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/pdf/ostry.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Silvio D. Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PALACIO, Marta. Los derechos de los rostros. Derechos humanos, liberalismo y exclusión. *Revista de Ciencias Sociales*. Marcaibo, v. 12, n. 2, p. 379-389, ago/2006.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC-LedZe, 2012.

PINTOR RAMOS, Antonio. En las fronteras de la fenomenología: el creacionismo de Levinas. *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*. Salamanca, v. 19, n. 1, p. 177-220, 1992.

QUINET, Antonio. *Os outros em Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direitos Difusos e Coletivos IV: Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROLANDO, Rossana. Emmanuel Levinas: para uma sociedade sem tiranias. *Educação e Sociedade*. Campinas, v. 22, n. 76, p. 76-93, out/2001.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito Infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROTH, Gerhard. La relación entre razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. *El cerebro: avances recientes en neurociencia*. Madrid: Complutense, 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Días y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

SÁ, Priscilla Placha. Narrativas e discursos sobre a “loucura”. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

SÁ-CARNEIRO, Mário de. *Céu em fogo*. Lisboa: Assírio e Alvim, 1998.

SAFATLE, Vladimir. *Circuito dos Afetos: corpos políticos, desemparo, fim do indivíduo*. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Francisco Xavier. Estima de sí y alteridad: una reflexión a partir de Paul Ricoeur y de Emmanuel Levinas. *Franciscanum*. Bogotá, a. 55, n. 160, p. 111-133, jul-dez/2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria A. Máximo. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 10. ed. Porto: Afrontamento, 1998.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro; Curitiba: Lumen Juris; ICPC. 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. 2. ed. Trad. J.M. Silva Sánchez. Buenos Aires: Bdef, 2012.
- SCHWARTZ, Barry. *O paradoxo da escolha: por que mais é menos*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: A Girafa, 2007.
- SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 17. ed. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- SOMMERS, Sam. *O poder das circunstâncias: entenda como o mundo à nossa volta influencia nossos pensamentos e comportamentos*. Trad. Sabine A. Holler. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.
- STANDING, Guy. *Precariado: a nova classe perigosa*. Trad. Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general I – el hecho punible*. 4. ed. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- SUSIN, Luiz Carlos. Lévinas: a ética é a ótica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. *Dialética e Liberdade: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1993.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 6, v. 24, p. 145-156, out.1998.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). *Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- TAVARES, Juarez. *Teoría del Injusto Penal*. Trad. Mario Pereira. Buenos Aires: Bdef, 2010.
- TODISCO, Orlando. L'io e l'altro secondo G. Duns Scoto e E. Levinas. *Antonianum*. Roma, v. 71, n. 2, p. 265-306, 1996.
- UEXKÜLL, Jacob von. *Staatsbiologie: Anatomie, Physiologie, Pathologie des Staates*. Berlin: Gebrüder Paetel. 1920.
- VERSELE, Séverin-Carlos. A cifra dourada da delinquência. Trad. Nilo Batista e Francisco de Assis L. Campos. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 27, p. 5-20, jan-jun/1979.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal: acción significativo y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. O Princípio da Culpabilidade. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. Curitiba, a. 1, v. 2, p. 35-64, jan-jun/2010.

WACQUANT, Loïc. Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente. *Caderno CRH*. Trad. Renato Aguiar. Salvador, v. 25, n. 66, p. 505-518, set-dez/2012.

WACQUANT, Loïc. A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos. *Sistema Penal e Violência*. Trad. Juliano Gomes de Carvalho. Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 265-273, jul-dez/2013.

WEBER, Hellmuth von. *Lineamentos del Derecho Penal Alemán*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos F. Balestra, Buenos Aires: Depalma. 1956.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

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

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica de extermínio dos inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal. In: PIERANGELI, José H. (Org.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006.