



FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS



ACADÊMICA: MARCELA MODESTO FERMINO

PROF. DR. EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

**A INEFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM
SISTEMAS PENAIIS MARGINAIS
(EM ANDAMENTO)**

POUSO ALEGRE – MG

2018

RESUMO

Na contemporaneidade, o sentido de democracia foi deturpado na aplicação concreta dos direitos. É um problema contemporâneo que vem dos resquícios da Modernidade, e permanecem na pós-moderno, apesar dele visar que os problemas se amenizem com o tempo. Será colocado em questão neste trabalho a negligência de alguns sistemas penais (principalmente no Brasil) em garantir os direitos fundamentais de uma determinada classe ou estereótipo baseado na figura do inimigo de Zaffaroni. Para a desconstrução dessa figura do inimigo e a aplicação plena dos direitos fundamentais, será utilizado o imperativo ético da Alteridade segundo Lévinas.

INTRODUÇÃO

Hoje, o direito possui a função de definir ações *aceitáveis* e *não aceitáveis* no convívio social, ações estas que são definidas a partir de construções e desconstruções ideológicas. Assim, de certa forma, ele organiza diversas instâncias jurídicas (área civil, penal, trabalhista, etc) para que estas possam ser aplicadas no mundo concreto de maneira efetiva. “Em parte, o que chamamos vulgarmente de *direito* atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitas vezes representam o oposto da conduta social real.”¹

Na Modernidade, essas construções do direito foram feitas embasadas em ideias racionalistas, ou seja, utilizando do cientificismo para que a sociedade seja ordenada igualitariamente em todos os lugares. Entretanto, no mundo social concreto, esqueceram-se dos fatores da multidisciplinariedade e multiculturalidade, o que demonstrou estarem erradas as ideias racionalistas, visto que não é possível estabelecer um molde para todas as sociedades.

(...) a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma ‘construção social’, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a *realidade social* (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.²

O foco deste trabalho é compreender a construção e os problemas que existem em sistemas penais marginais. Na modernidade, o Direito penal foi construído sobre ideias das escolas clássica e positivista, ambas de matriz antropocêntrica e objetificantes, apesar de vertentes diferentes. Enquanto a clássica estudava o delito e a pena, a escola positivista

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. p.31

² BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. p.87

estudava o criminoso, apontando características biopsicológicas como razões para que se cometa um delito.

A partir disto, serão apontados aqui os possíveis reflexos da racionalidade moderna no Direito penal atual. Em sistemas penais marginais, ainda é possível encontrar características segregacionistas providas da modernidade. Este problema remete à ideia do inimigo de Zaffaroni, que diz exatamente que em sociedades marginalizadas há uma “clientela preferencial” que enfrentam no cotidiano mais possibilidades de ingressarem no sistema penal.

Nas sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como as latino-americanas, a *exclusão social* constitui o principal problema, pois não costuma ser controlada pela repressão direta, mas sim neutralizada³ (...)

As escolas clássica e positivista, por serem objetificantes e despersonalizadoras, colaboraram para a construção do inimigo. Essa ideia segregacionista vai de encontro com os princípios constitucionais da Constituição Federal brasileira de 1988, e deve ser desconstruída o quanto antes. O Direito penal é a única instância jurídica com legitimidade para privar a liberdade de um indivíduo (óbviamente dentro dos parâmetros legais), por isso não pode haver discrepâncias no tratamento dos sujeitos.

Isto significa somente fazer um acerto de contas com a situação atual da ciência penal, e não – apenas para confirmá-lo – de fazer desta situação um modelo para a ciência penal⁴.

Para a desconstrução da figura do inimigo e a garantia de direitos individuais, será aqui optado por utilizar um imperativo ético-prático como base para o Direito penal atual. O conceito de Alteridade de Lévinas traz a ideia de que a compreensão do outro deve ser feita a partir da compreensão da diferença entre individualidades a partir da vivência social concreta.. “(...) a compreensão do ser não supõe apenas uma atitude teórica, mas todo comportamento humano⁵.”

METODOLOGIA

Neste trabalho será utilizada uma investigação zetética, tendo como base pesquisas bibliográficas, discorrendo sob a perspectiva descritiva-analítica.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo do direito penal. p.72

⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. p.45

⁵ LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: um ensaio sobre alteridade. p.22

OBJETIVOS

Demonstrar que ainda há resquícios da racionalidade objetificante própria da modernidade no Direito Penal de Países de Modernidade Tardia.

Relacionar a figura dos inimigos interno e externo à luz de Zaffaroni como sendo artifícios modernos da criação de uma clientela preferencial do sistema penal.

Elaborar a resposta aos excessos dos modelos penais do inimigo a nas sociedades marginais atuais a partir do conceito de Alteridade de Lévinas, garantindo que os direitos individuais sejam efetivados.

Propor as bases legítimas de um Direito Penal contemporâneo, partindo do conceito do “outro” de Emmanuel Lévinas para chegar a um modelo civilizatório plural e tolerante adequado ao constitucionalismo contemporâneo.

DESENVOLVIMENTO

Ao avaliar que Direito penal contemporâneo está longe de cumprir as promessas da modernidade e de respeitar Direitos fundamentais, aqui serão apontados os principais problemas destes resquícios enraizados na sociedade atual da racionalidade moderna. A questão principal deste projeto é questionar a insistência de alguns sistemas penais marginais ao preferenciar determinada classe ou sujeito como infrator no tratamento penal, objetificando-os e tirando-lhes o *status* de não pessoa, dessa forma colaborando para o controle social em massa provido do Estado. Para combater a figura do inimigo no direito penal, pretende-se apontar o imperativo ético de Alteridade do Lévinas para a desconstrução da figura do inimigo de Zaffaroni. Nele, o outro é visto como igual enquanto ser diferente, ou seja, os indivíduos são iguais em cada um obter sua individualidade, multidisciplinariedade e identidade próprias.

RESULTADOS PARCIAIS

A figura do inimigo serve para tentar justificar a seletividade penal, ideia própria de uma racionalidade moderna, estruturada a partir da compreensão polarizada (maniqueísta) das coisas e de seus valores (bem e mal, certo e errado). A partir daí se explica o alto grau de seletividade do sistema penal que atinge com maior eficiência uma “clientela preferencial”. A dicotomia *cidadão de bem X malfeitor*, recobra o conceito ontológico de crime e facilita as explicações da exclusão (desintegração social) da figura do ‘outro’ como o diferente e conseqüentemente ameaçador. Estes grupos tidos (rotulados) como inimigos por serem objetificados passam a ser tratados como não-pessoas, o que em última análise seve para

justificar a sonegação de direitos e garantias fundamentais a partir de um modelo penal forte. Este é o real interesse em construir um direito penal do inimigo nas instâncias de poder, reproduzir suas instancias a partir de um modelo seletivo. Pelos motivos apontados, é necessário desconstruir essa figura sob novas perspectivas.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, 2ª ed.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2002

BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. Editora Jorge Zahar. 2000

_____. Globalização. Editora Jorge Zahar. 1999

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Ética, educação, cidadania e direitos humanos. Editora Manole. 2004

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução do estudo do direito. 5ª ed. Editora Atlas. 2007

FOUCAULT, Michel. Estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003

_____. Vigiar e punir. 42ª ed. Editora Vozes. 2014

LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: ensaios sobre a alteridade.

LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. Editora Ícone. 2010

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente. 4ª ed. Editora Cortez. 2002

_____. Pela mão de Alice. 14ª ed. Editora Cortez. 2013

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição.

_____. O inimigo no direito penal. 3ª ed. Editora Revan. 2011