

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

RODRIGO MEDEIROS DA SILVA

OS REFLEXOS DO “LABELING APPROACH” NA VIDA
SOCIAL E NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

POUSO ALEGRE
2013

RODRIGO MEDEIROS DA SILVA

OS REFLEXOS DO “LABELING APPROACH” NA VIDA
SOCIAL E NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada como exigência parcial para
obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães

RODRIGO MEDEIROS DA SILVA

OS REFLEXOS DO “LABELING APPROACH” NA VIDA SOCIAL E NA
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof^a. Dr^a. Delze dos Santos Laureano
Centro de Ensino Superior de São Gotardo

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre-MG
2013

A Deus, Senhor de todas as coisas e de todos os homens.
À Luciana e ao Davi, meus grandes amores e luz para minha vida.
A um anjo, que do céu olha por nós.

AGRADECIMENTO

Ao Professor Dr. José Luiz Quadros de Magalhães, mestre, amigo e orientador deste trabalho e incentivador deste grande desafio, pelas orientações sempre oportunas e enriquecedoras.

Aos Professores Drs. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo e Edson Vieira da Silva Filho, pelas contribuições dadas com o intuito de melhorar este trabalho.

Aos demais professores do programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, casa da qual me orgulho muito, pela amizade, dedicação e luta na busca pela concretização de direitos.

Aos colegas do Mestrado, pela amizade e companheirismo construídos no curso.

A todos os funcionários da Faculdade de Direito do Sul de Minas pela contribuição, ainda que singela, na execução desta grande empreitada.

À Professora Valdênia Fernandes pela prestimosa colaboração na revisão ortográfica e gramatical deste texto.

“A igualdade pode ser um direito, mas não há
poder sobre a Terra capaz de a tornar um fato.”

Honoré de Balzac

(1799 – 1850)

RESUMO

SILVA, Rodrigo Medeiros da. OS REFLEXOS DO “LABELING APPROACH” NA VIDA SOCIAL E NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2013. 90f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2013.

A humanidade está longe de romper com a lógica da modernidade. Critérios de uniformização e de padronização ainda continuam presentes nos dias atuais. Este discurso inegavelmente gera uma cultura de discriminação e de exclusão. O direito penal segue esta mesma lógica e o *labeling approach* configura-se como cerne de grandes discussões acerca dos verdadeiros destinatários do direito penal. Neste rumo, o *labeling approach* segue o caminho traçado pela modernidade que determina quem são aqueles que apresentam comportamento desviante e que merecem ser alvo do sistema de justiça criminal, favorecendo a reprodução deste discurso. Como reação a esta postura que desrespeita os direitos e garantias albergados constitucionalmente, urge a compreensão crescente da importância dos direitos fundamentais como instrumento imprescindível na superação desta lógica do direito penal que promove indignidade e desrespeita garantias basilares no contexto de um Estado constitucional. Assim, a promoção dos direitos humanos é parte de uma postura que se caracteriza pelo minimalismo penal. Portanto, as soluções para os diferentes problemas sociais não está na promoção de um ativismo penal, mas sim na promoção de políticas públicas diversas voltadas à promoção de direitos e garantias.

Palavras-chave: Modernidade. Uniformização. *Labeling approach*. Direitos fundamentais. Minimalismo penal.

ABSTRACT

SILVA , Rodrigo Medeiros da . THE CONSEQUENCES OF "LABELING APPROACH" IN SOCIAL LIFE AND IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS. In 2013 . 90f . Dissertation (Master in Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2013.

Humanity is far from breaking with the logic of modernity. Criteria of uniformity and standardization still present today. This speech undeniably generates a culture of discrimination and exclusion. Modernity is something present for over five hundred years, and therefore there is deep-rooted to be overcome. Criminal law follows the same logic and the labeling approach is configured as the core of discussion about the major recipients of criminal law. In this way, the labeling approach follows the path traced by the modernity that determines which are those with deviant behavior and deserve to be targeted by the criminal justice system, favoring the reproduction of speech. As a reaction to this stance that disregard the rights and guarantees constitutionally sheltered, growing understanding of the importance of fundamental rights as an important tool in overcoming this logic of criminal law that promotes indignity and disrespect the fundamental guarantees in the context of a constitutional state. Thus, the promotion of human rights is part of an approach that is characterized by minimalism criminal. Therefore, solutions for different social problems is not to promote a criminal activism, but the promotion of various public policies aimed at promoting the rights and guarantees.

Keywords: Modernity. Uniformity. Labeling approach. Fundamental rights. Minimalism criminal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O ESTADO NACIONAL.....	15
1.1 Aspectos de cunho histórico.....	16
1.2 Exclusão: aspecto comum do Estado Nacional em todas as épocas.....	20
1.3 O Estado plurinacional.....	23
2. ASPECTOS DE CUNHO TEÓRICO SOBRE O DIREITO PENAL.....	26
2.1 O discurso oficial do direito penal.....	27
2.2 O discurso real do direito penal.....	30
2.3 O <i>labeling approach</i>	35
2.3.1 Aspectos de ordem conceitual.....	38
2.3.2 O retrato de uma realidade social sob a perspectiva penal.....	43
2.4 O cárcere, o inimigo e o processo de etiquetamento.....	47
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	58
3.1 O processo de construção dos direitos fundamentais.....	60
3.2 A concretização dos direitos fundamentais.....	64
4. A SUPERAÇÃO DO ETIQUETAMENTO.....	70
4.1 Crítica à exclusão.....	71
4.2 Os direitos humanos no contexto de superação do etiquetamento.....	73
4.3 A superação do etiquetamento sob o prisma penal.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

A liberdade e a igualdade constituem valores a serem constantemente perseguidos em um Estado Democrático de Direito. De igual maneira, a promoção dos direitos humanos constitui-se em obra inacabada e sempre um desafio a ser enfrentado. É bem verdade que o Estado Democrático de Direito é uma das construções da modernidade que merece uma leitura crítica. As desigualdades, que são observadas recorrentemente, próprias deste sistema que prioriza o capital em detrimento ao trabalho assalariado, produzem consequências extremamente graves que levam a uma conjuntura social carregada de conflitos e, por vezes, perigosa. De um lado, uma classe detentora de poder econômico e político dita as regras de um jogo perverso e injusto; do outro, uma multidão de desvalidos que sustenta, como força de trabalho, esta estrutura social agressiva e sectária. Assim, dentro deste contexto globalizante, nasce o choque de interesses entre dois lados opostos: um que quer manter-se pleno e dominante e outro que busca o seu espaço neste ambiente hostil.

O *labeling approach* aparece, neste contexto, como grande cerne de um controle social realizado através da imputação do injusto penal relacionado não à pessoa do criminoso ou com as origens do delito, mas a um conjunto de características que definem o sujeito delinquent. O *labeling approach* muda o foco do estudo da Criminologia, que passa a realizar o seguinte questionamento: por que algumas pessoas são rotuladas pela sociedade e outras não? É evidente que esta realidade não pode ser esquecida, deixada de lado. A sociedade não vê esta realidade e o Estado reafirma o seu papel de garantidor deste *status quo*. Busca-se, num panorama simbólico, a construção de uma sociedade justa e fraterna, sem desigualdades e que se promova a dignidade humana. E os rotulados? Como eles exercem a cidadania? Como se confere a dignidade a eles?

Importa destacar que nos dias atuais, extremamente dinâmicos do ponto de vista democrático, os diferentes processos de tomada de decisões requerem uma ampla participação do cidadão. A cidadania não se resume ao ato de votar. O seu exercício é, acima de tudo, um ato que vai além da cobrança: a participação. Há ainda muitos caminhos a serem percorridos, mas já se observa várias iniciativas positivas que são adotadas como medidas implementadoras de maior participação dos reais envolvidos na decisão.

Numa sociedade caracterizada pela multiplicidade de indivíduos, com preconceitos e estereótipos ainda enraizados no consciente social, a participação dos indivíduos considerados rotulados e a consequente privação de direitos fundamentais é alvo de interesse e de grande

preocupação da sociedade. Estes seres humanos são segregados da vida social e da participação nas decisões que afetam as suas vidas.

O presente estudo não procurará fazer uma abordagem profunda, sob uma perspectiva criminológica, mas retratará alguns aspectos relevantes para definir os indivíduos afetados pelo *labeling approach*. A partir da identificação dos grupos rotulados, serão desenvolvidos conceitos que possam concluir sobre a formulação de políticas voltadas à concretização de direitos fundamentais, inserindo-se estes indivíduos no conjunto de uma vida integrada em sociedade. O presente estudo parte da premissa de que o *labeling approach* é algo presente na vida social e se fará uma análise da concretização dos direitos fundamentais neste ambiente de rotulagem. Utilizar-se-á como metodologia a análise de bibliografia sobre a temática.

O tema se justifica pela constante mutabilidade social, notadamente nos últimos vinte e cinco anos. Os avanços tecnológicos, as constantes discussões acerca de um novo modelo econômico bem como o encurtamento das distâncias proporcionado pela globalização não foram suficientes para oferecer às pessoas um ambiente de inclusão, de garantia de direitos e de plena cidadania.

Sob o ponto de vista formal tem-se uma fé inquebrantável nos valores fundamentais de dignidade humana, igualdade e liberdade. No entanto, sob um prisma material, o que se constata é a prevalência de uma separação que se baseia no aspecto econômico e na delinquência. O sujeito que sofre a imputação de um injusto penal é alijado da cidadania e da sociedade. Fazendo uma analogia com história sagrada, o rotulado de hoje é o leproso de ontem: impuro e isolado. Em pleno terceiro milênio esta realidade bate à porta e o discurso que impera é o do combate implacável à delinquência, à criminalidade, por meio de um sistema de justiça criminal que trata cidadãos como inimigos e não como sujeitos que têm um histórico de desprezo e de inação estatal. Percebe-se a prevalência do discurso da modernidade, porém a mutabilidade se dá conforme os aspectos conjunturais da sociedade.

O que se visa é retratar esta realidade de um discurso vazio de universalidade de direitos fundamentais. Um discurso que não oferece condições ao sujeito de ter acesso ao Judiciário, de ter a sua defesa promovida com excelência por um advogado que tenha condições de exercer o seu *múnus* com qualidade. Discurso vazio de um Estado mega-arrecadador que não oferece serviços públicos de qualidade como saúde, educação, transporte ou saneamento, principalmente nas periferias. Busca-se mostrar as diferenças existentes no tratamento conferido ao rotulado e ao dado ao delinquente de colarinho branco.

O tema torna-se relevante na medida em que as preocupações com a violência aumentam diante de toda a problemática conjuntural. Vários fatores podem ser abordados

como causas desta realidade, sejam de ordem subjetiva ou de ordem objetiva. A presente investigação deter-se-á a critérios unicamente objetivos, segundo uma pesquisa qualitativa, e que são facilmente constatados na sociedade, notadamente a realidade do crime, da delinquência e da marginalização.

Em tempos de uma suposta pujança, é relevante esta crítica para retratar uma realidade ainda dura, que merece ser entendida. O chamado *senso comum* clama pela severidade com a delinquência, com o crime. Mas ao tratar de garantias fundamentais, seja no processo, seja no cotidiano do trabalho, da periferia, separa, diferencia o tratamento, não confere uma garantia tão cara: a igualdade, a isonomia.

Num primeiro momento, convém destacar a modernidade como elemento essencial para a compreensão desta realidade de desigualdades que separa, segrega e marginaliza. A modernidade surge num momento histórico em que a Europa amplia seus domínios e confirma seu poder hegemônico. O fim do medievo, em que se destaca a ruptura com parâmetros muito ligados à religião cristã, apesar de o catolicismo ainda exercer forte influência na modernidade, inaugura o tempo da racionalidade, um tempo que busca o fundamento de verdade para as ideias e noções. Para tanto, a modernidade caracteriza-se como um tempo em que a busca de uniformização e o estabelecimento de padrões a contribuir para o estabelecimento de um *status quo* hegemônico. As conquistas de novas terras notabilizam-se e o domínio dos novos povos, considerados inferiores, consolida-se. Além disso, os povos dominados não são incluídos na sociedade dos dominadores. O Estado Nacional moderno surge como grande legitimador desta realidade de exclusão e de marginalização e que ao longo da história ganhou várias leituras distintas a revelar uma relação vertical entre o ser humano e o Estado, ente superior que detinha todo o poder secular.

Contudo, a Revolução Francesa, no final do século XVIII, mostra-se como grande ponto de inflexão e como um clamor por aquilo que se consideram, nos dias atuais, direitos fundamentais. Todavia, assim como as demais revoluções liberais, a Francesa deve ser entendida não como a chegada do povo ao poder, mas como o acesso dos burgueses à possibilidade de obterem igualdade e liberdade, numa conjuntura, até então, caracterizada como absolutista e porque não dizer arbitrária. A burguesia passava a gozar de direitos, o que não era uma realidade para a universalidade das pessoas. Ou seja, a lógica da modernidade, caracterizada pela exclusão e pela uniformização, ainda se mantém viva e forte mesmo com esta significativa mudança.

Dentro de todo este contexto caracterizador da modernidade, o Direito Penal aparece como grande legitimador do controle social de parcela considerável de pessoas cujo

comportamento é considerado como *desviante*. Estabelece-se, como exige a lógica da modernidade, um padrão comportamental e o Estado, administrador da violência, passa a exercer maior controle. Define-se aquilo de se denomina injusto penal, e consequentemente condutas proibidas com as respectivas imputações. Assim, busca-se um caráter dissuasório ao Direito Penal.

De forma oficial, o objetivo do Direito Penal é a proteção de bens indispensáveis para a vida do homem e da sociedade. Esses bens, chamados de “bens jurídicos”, apresentam conceito e compreensão relevantes para o Direito Penal moderno. Porém, a definição sobre os bens jurídicos que merecem a tutela penal leva em consideração aspecto relevante para a manutenção do padrão exigido pelo pensamento moderno. Ao se desenvolver o conceito de bem jurídico, verificar-se-á que a sua adoção é uma necessidade de se desvencilhar das influências religiosas, morais ou éticas. Para que possa se concretizar de maneira eficaz o discurso oficial, o Direito Penal prega a intervenção mínima e a subsidiariedade que denotam que este é o último meio de intervenção estatal no caso de violação de bens jurídicos.

A realidade apresenta-se totalmente dissociada do discurso pregado pelo Estado no que se refere ao Direito Penal. O que se pretende é controlar, de maneira violenta, todos os sujeitos que possam tentar subverter o que está posto pelo discurso da modernidade, ou seja, que o Direito Penal seja um instrumento dissuasório ou de intimidação. Ao contrário, o Direito Penal é um eficiente meio de alijamento de pessoas consideradas nocivas à sociedade, que para o *labeling* são aquelas que recorrentemente estão em conflito com a realidade social apresentada.

Também o aspecto econômico é preponderante para que se definam as pessoas a integrar o grupo dos etiquetados. Por isso, importa definir claramente quem faz parte da relação capital e trabalho assalariado. O domínio do capital em relação à força de trabalho exercida pelos proletários, como retratado por Karl Marx, é gerador de inúmeros conflitos, luta de classes, o que enseja o exercício da força para controlar as massas proletárias.

A realidade vivida é de verdadeiro conflito entre o capital e o trabalho assalariado. O capital, em uma postura hegemônica, e o trabalho, em uma postura de submissão. Esta relação de choque tem como resultado a criminalidade, cujo instrumento de controle é o Direito Penal. É do interesse dos detentores do capital o controle dos rotulados, para não dizer, inimigos, para que se mantenha o emprego de mão-de-obra a favor da produção e do lucro ou a sua manutenção no sistema carcerário como forma de impor disciplina e de manter um clima de utópica segurança. As periferias não dispõem dos mais elementares serviços públicos de educação, saúde e saneamento, enquanto as áreas nobres dos diversos centros urbanos

apresentam níveis elevados de prestação de serviços públicos. Neste viés, o Direito Penal torna-se um importante instrumento de afirmação do discurso que vai ao encontro das pretensões de uma classe abastada que sempre se beneficiou de privilégios.

Ao tratar do cárcere, o presente trabalho busca destacar que a prisão configura-se em uma instituição que não é o fim do processo, mas o meio do caminho da exclusão. O cárcere tem um poder simbólico muito forte. Estabelece uma relação verticalizada, do mais forte sobre o mais fraco. O sujeito encarcerado fica sob vigilância e sobre este se exerce um poder disciplinar com uma falsa intenção de ressocialização. O criminoso necessita ser educado, domesticado ou, ainda, docilizado. Mas veladamente o que se pretende é justamente estigmatizar o criminoso para que ele tome consciência da sua condição. O poder disciplinar e o acatamento às regras do estabelecimento prisional revelam-se importantes instrumentos de subjugação.

Neste ambiente, altamente tenso, cria-se a figura do inimigo. Figura que deve ser combatida, excluída do convívio social. Estabelece-se um estado de beligerância, de guerra, e o sujeito criminoso, considerado inimigo, é privado de todos os direitos que lhe confere a condição de ser humano. Não é o inimigo o causador da violência, mas sim a vítima da violência. De uma violência dita estrutural que advém das relações de produção entre capital e trabalho assalariado e de uma violência chamada institucional promovida pelo Estado.

Nos últimos duzentos anos, os direitos fundamentais ganharam grande importância e passaram a ser objetivos sempre perseguidos ao longo dos tempos. No entanto, a cultura hegemônica da modernidade não se apagou. Este ponto deve ficar muito claro: a modernidade nunca deixou de fazer parte e de influir em todos os acontecimentos históricos ocorridos nos últimos quinhentos anos. Talvez a grande conquista para uma verdadeira promoção de direitos fundamentais tenha ocorrido a partir da segunda metade do século XX, ou seja, no segundo pós-guerra. É neste rumo que se procura retratar o processo de evolução na construção de direitos fundamentais e principalmente na sua efetivação, o que tem um preço certamente alto.

Todavia, não basta apenas a defesa de direitos fundamentais, de garantias a todas as pessoas de forma universal. A problemática de superação do *labeling approach* demanda, em primeiro lugar, uma superação da lógica uniformizante que permeou a humanidade após o medievo. É relevante repensar o Direito Penal como sendo um instrumento extremo de controle social, que não deve ser utilizado de forma excessiva. A partir de uma postura minimalista, que repense a pena criminal, promovendo os direitos humanos e modificando o modo de funcionamento do cárcere e das outras agências estatais de controle: polícia,

Ministério Público, sistema de justiça criminal, é que se terá, efetivamente, uma sociedade mais alinhada com os objetivos que levam à concretude dos direitos fundamentais.

Não se pretende esgotar o tema. O presente estudo não procurará fazer uma abordagem profunda, sob uma perspectiva criminológica, mas retratará alguns aspectos relevantes para definir os indivíduos afetados pelo *labeling approach*. A partir da identificação destes grupos, serão desenvolvidos conceitos que possam concluir sobre a formulação de políticas voltadas à concretização de direitos fundamentais, inserindo-se estes indivíduos neste conjunto. O presente estudo parte da premissa de que o *labeling approach* é algo presente na vida social e se fará uma análise da concretização dos direitos fundamentais neste ambiente de rotulagem. É preciso pensar que todo o ideário da modernidade influi significativamente para a rotulação e consequentemente para a mitigação de direitos fundamentais para uma parcela significativa da população.

1. O ESTADO NACIONAL

O contexto de vivência social deve ser retratado a partir do papel desempenhado por um ente, que tem a função, segundo o discurso oficial, de ser a cabeça da coletividade. É bem verdade que a caminhada da humanidade ao longo dos tempos mostra um estereótipo diverso, porém os aspectos conceituais do chamado Estado Nacional continuam imutáveis. Quando se alude à modernidade, fala-se, necessariamente do Estado Nacional. São conceitos umbilicalmente ligados e que merecem uma reflexão mais contida. O Estado Nacional precisa de uniformização, isto é, de uma identidade, seja cultural, étnica ou religiosa. Esta uniformização, na maioria das vezes, impõe a prática da exclusão e da intolerância, elementos que nos dias atuais constituem desafios a serem superados. A modernidade, que surge a partir do século XV, tem uma necessidade incomensurável de buscar uma padronização, uma uniformização. Dessa forma, surge, também, a obrigação de excluir os diferentes para a construção de uma identidade nacional. Ademais, esta rejeição constitui-se a mais elementar forma de violência exercida na modernidade. Quer-se valorizar este modelo de construção da nacionalidade, baseado na diferença e na exclusão, como sendo algo natural na cultura ocidental, solução, inclusive, de crises em momentos diversos da história. Há, portanto, a necessidade de uniformização para criação de um Estado Nacional, caracterizado pela centralização de poder e pela intolerância.¹

A comunhão de interesses e objetivos, aliado a características étnicas e religiosas, foi necessária para consolidação dos diversos Estados Nacionais europeus e que impuseram inúmeros revezes aos considerados diferentes. Vale dizer que a modernidade tem seu termo inicial marcado pela chegada de Colombo à América, seguido do extermínio de nativos e pelo processo de escravização e exploração das riquezas existentes. Também é relevante destacar um fato que é carregado de simbolismo que viabilizou a construção deste ente tão importante para a modernidade: o Estado Nacional. Trata-se da expulsão dos mulçumanos da cidade de Granada em 1492. Era a saída forçada do outro, dos diferentes, favorecendo a idealização de um Estado Nacional, com a homogeneização dos iguais, menos diferentes e a idealização do europeu. Expulsam-se os mulçumanos, posteriormente os judeus e constrói-se o Estado Nacional enraizado sobre uma religião. Esta exercia influência junto com o Estado em todos

¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17.

os campos da vida e do cotidiano. A desobediência significava a exclusão, muitas vezes ditada pela chamada Santa Inquisição.²

Esta segregação, importante para a construção do pensamento moderno, já deveria ter sido superada hoje, mas ainda continua fazendo parte da vida em tempos de globalização. Vive-se no mundo das rotulações, onde *O Outro* precisa ser reconhecido como ser humano, detentor de direitos e garantias fundamentais. Há ainda muitas questões a serem superadas que são características deste anacronismo próprio da modernidade. É imperioso destacar que políticas próprias de um Estado Nacional forte também se notabilizaram há menos de cem anos. O nazismo alemão e o fascismo italiano retratam este modo de fortalecer o Estado, gerando políticas discriminatórias e atentatórias aos direitos e garantias fundamentais.

1.1 Aspectos de cunho histórico

Nunca é demais uma abordagem histórica daquilo que é chamado de Estado. O fim do medievo, com uma cultura centrada no sagrado e na religião católica, e o início de uma concepção racionalista de mundo certamente contribuem significativamente para formação deste ente que por mais de cinco séculos mantém um cerne, apesar das diversas conformações conjunturais nas diferentes épocas. O homem se desvencilhava do divino, de um Deus severo e de uma Igreja que influenciou por mil anos o pensamento ocidental. Logicamente este afastamento não se deu por completo e o cristianismo, de certo modo, influencia muito a vida da comunidade mundial.³ A razão tornou-se importante e passou a ser a centralidade do pensamento, impulsionada, de maneira considerável, por uma concepção econômica capitalista, inicialmente de forma simples e elementar. Concepções de ordem metafísica caíam e davam lugar a ideias lógicas e de comprovação clara sob a ótica empírica. Em sua obra, *Discurso do método*, René Descartes fala de um modo racional, lógico para demonstrar a existência de Deus e da alma. Nada, para Descartes, era possível ser considerado verdadeiro se não possuísse formas geométricas. A partir de então, não encontrou mais as dificuldades comuns na Filosofia, mas passou a perceber que certas leis naturais tratadas como divinas possuem uma razão na natureza para existir, bem como uma função no mundo.⁴

² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

³ Vale destacar as contribuições de Santo Agostinho de Hipona abordando de uma maneira platônica o pensamento cristão da sua época. Outro filósofo importante é São Tomás de Aquino que parte de um pensamento aristotélico para tratar o pensamento religioso e filosófico da segunda metade do medievo.

⁴ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 57.

Assim, o Estado Moderno surge nesse ambiente de profunda transformação cultural, cujo domínio migra da visão religiosa, carregada de metafísica e solipsismo, para a visão racional. A teoria política pós-medieval é marcada, de forma contundente, pelo pensamento de Maquiavel, que em seu livro, *O príncipe*, vislumbra a possibilidade de unificação da Itália de então, dividida em territórios dominados por mercenários e os Estados Pontifícios. Certamente, é Maquiavel quem mostra ao mundo o primeiro retrato daquilo que seria o Estado Moderno. Uns são repúblicas e outros são principados. Estes são hereditários, quando os governantes são de uma mesma dinastia ou linhagem. Pode, também, ocorrer a hereditariedade quando a fundação do principado é recente, como no caso de Francisco Sforza, em Milão. Pode, ainda, ocorrer anexações com o Reino de Nápoles pelo Rei da Espanha, o que leva os súditos a se adequarem aos hábitos do novo soberano.⁵

Percebe-se que a conformação de Estado hoje recorrente absorveu muitos aspectos da concepção política que Maquiavel explorara no século XVI. Ademais, o autor também descreve, na mesma obra, a relação entre o Estado, representado pelo príncipe, o povo e a aristocracia. Há uma influência do povo ou da aristocracia, de acordo com as potencialidades de cada um em um dado momento. Os abastados contrapondo-se ao povo unem-se e escolhem o governante, o príncipe. O povo escolhe, dentre os seus, um sujeito respeitado e de expressiva liderança para que exerça um poder contraposto em face ao poder econômico. Os governantes, que chegam ao poder com ajuda dos ricos apresentam maiores dificuldades de se manterem no poder do que aquele que tem o apoio popular. Os aristocratas colocam-se em pé de igualdade com o governante, o que dificulta o exercício do próprio governo.⁶

Porém é no século XVII que surge a ideia contratualista de estabelecimento de Estados para que os homens, diante do estado de natureza, estabelecessem um modo de vida em sociedade. O homem impõe restrições e busca a construção do Estado justamente para concretizar a liberdade, sua própria conservação e a felicidade. É indispensável um poder temporal, não divino, com atribuição de manter a civilidade, sob a pressão de aplicação de punições, para impor o cumprimento da lei natural e dos diferentes pactos.⁷

A esse respeito, Hobbes, na sua obra, descreve o ser humano e sua natureza de autopreservação, primeira lei natural. Assim, o estado de beligerância entre os homens fica evidente e abre caminho para a adoção de um pacto cujo objetivo é a criação e a manutenção de uma pseudo-estabilidade. O homem tem sua condição original de constante conflito, o que

⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 29.

⁶ Ibidem, 2004, p. 70-71.

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 136.

coloca em risco a sua própria existência. Portanto, há a necessidade de se estabelecerem contratos, com a finalidade de transferir direitos e garantir a paz no seio social. Apesar das expressões utilizadas por Hobbes serem comuns na linguagem civilista, estas refletem, sobremaneira, a marca de uma época onde se notabiliza a economia capitalista. Não há espírito de alteridade no contrato descrito por Hobbes, mas interesses em jogo ligados à própria preservação do homem. É nestes termos que o autor inglês defende o Estado absoluto.

Contudo, também é conveniente citar as contribuições de Rousseau para o pensamento contratualista do século XVIII. Conceitos como soberania popular, vontade geral, liberdade⁸ e igualdade⁹ começam a ganhar peso e importância na construção de nova concepção de Estado. A defesa de interesses particulares levou à necessidade da formação de sociedades, convergindo, por fim, em uma harmonia destes interesses, o que possibilitou a manutenção do grupo social. Deve-se atentar ao que é comum aos interesses que contribuem para a manutenção das sociedades, pois estas não existiriam se não houvesse pontos comuns de concordância. É por meio destes pontos convergentes que as sociedades são governadas. Nesse rumo, a soberania é o exercício da vontade geral, que não pode ser subvertida. O governante é a personificação do ente coletivo, que transmite o poder, e não a vontade.¹⁰

Apreende-se do pensamento rousseauiano que a figura do monarca ou príncipe não apresenta uma relevância ou desigualdade na sua relação com o povo. Não é a vontade do soberano mais que prevalece, mas a vontade do povo.¹¹ Além disso, essa visão é marcante como fundamento daquilo que pode ser considerado como grande ponto de inflexão da humanidade no que tange à organização social – as chamadas Revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII.

Não se pode questionar a grande importância da Revolução Francesa para a humanidade e suas contribuições para se chegar a um modelo de Estado nos dias atuais. A ruptura com o *Ancien Regime* inaugura aquilo se pode chamar de Constitucionalismo. O Estado está sujeito a um compromisso de garantir aquilo se conhece por direitos

⁸ “O homem nasceu livre, e por toda a parte geme agrilhado; o que julga ser senhor dos demais é de todos o maior escravo. Donde veio tal mudança? Ignoro-o. Quem a legitima? Esta questão creio poder resolver.” Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 21.

⁹ “Se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, restam-nos as convenções, que são o esteio de toda autoridade legítima entre os homens.” Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 24.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 36.

¹¹ Outro pensador que pode ser citado em relação ao contratualismo é o inglês John Locke que na sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil* destaca duas características fundamentais do contrato social: a confiança e o consentimento.

fundamentais. O poder constituinte, como concebido por Sieyès, não fica atrelado à vontade do monarca, mas à vontade do povo ou vontade geral para Rousseau. É neste cenário que surge o constitucionalismo com a roupagem atual. Pode-se dizer que o movimento revolucionário não trouxe, em sua plenitude, a concretização dos ideais de igualdade e liberdade, base de todas as aspirações da época. A Revolução Francesa foi um movimento burguês e a defesa dos interesses desta classe ficou bem evidente. A liberdade e a igualdade não era um contraponto das massas populares em relação ao *Ancien Regime*, mas da burguesia – detentora do poder econômico – em face do poder absoluto do monarca. Iniciava-se uma primeira ideia de controle dos poderes estatais como adverte Maurizio Fioravante:

Aos representantes ou mandatários do povo cabia, de fato, o dever, já tratado por Rousseau, de manter sob controle os outros dois poderes, de tal maneira que impeçam que a vontade geral, contida na lei, pudesse ser traída ou simplesmente confundida por aqueles, juízes e administradores públicos, que teriam a obrigação de aplicá-la e executá-la. (tradução livre)¹²

No entanto, cabe destacar que todo cenário político do século XVIII confunde-se com mudanças importantes na perspectiva econômica. Também nesta época surge a Revolução Industrial, o que fortalece a burguesia, como já dito anteriormente. A mesma burguesia, que mantinha o poder monárquico absoluto, busca destituir esta nobreza enfraquecida e chegar ao poder com a legitimidade do povo.

É bem verdade que ao longo do tempo a este poder burguês também sobreveio uma nova força como contraponto. Verifica-se que a cada dia aumentava o hiato existente entre burgueses e proletários, que sofriam a opressão dos baixos salários, jornadas excessivas e condições de trabalho degradantes em detrimento de um maior acúmulo de bens e riquezas por parte dos detentores do capital. Essa relação conflituosa sempre foi alvo de grandes discussões ao longo dos tempos. Contudo, a perspectiva marxista de luta de classes¹³ é a mais

¹² A los representantes o mandatários del pueblo quedaba, em efecto, el deber, ya indicado por Rousseau, de mantener bajo control a los otros dos poderes, de tal manera que impidiesen que la voluntad general, contenida en la ley, pudiese ser traicionada o simplemente enturbiada y confundida, por aquellos, jueces y administradores, que tenían la obligación de aplicarla y ejecutarla. Cf. FIORAVANTE, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 117.

¹³ De acordo com nossa concepção, todos os conflitos na história têm sua gênese na oposição entre forças produtivas e a forma de intercâmbio. Diga-se de passagem que, para provocar conflitos em um país, não é necessário que essa oposição chegue ao seu limite máximo nesse país. A concorrência com países industrialmente mais desenvolvidos, provocada pela expansão do intercâmbio internacional, é suficiente para gerar uma contradição semelhante também em países com indústrias não tão desenvolvidas (como, por exemplo, o proletariado latente na Alemanha, que se evidenciou por causa da concorrência da indústria inglesa). Essa contradição entre as forças produtivas e o modo de intercâmbio, que se deu, conforme vimos, diversas vezes na história, todavia, sem lhe pôr em risco o fundamento, teve de irromper em uma revolução, na qual, a contradição assumiu ao mesmo tempo distintas formas acessórias, como totalidade de conflitos, lutas entre diferentes classes, contradição de consciência, luta de idéias, luta política, etc. de uma perspectiva estrita, pode-

conhecida, dado o seu caráter recente na história mundial. O próprio Karl Marx, juntamente com Engels, em seu *Manifesto do Partido Comunista* retrata bem esta visão acerca da realidade da luta de classes, que esteve sempre presente na história das sociedades. Escravo e livre; patrão e empregado; patrício e plebeu; nobre e servo. Vê-se uma constante oposição, geradora de um conflito interminável, por vezes aberto, ora velado. A consequência deste estado de beligerância é sempre a revolução ou a destruição das classes. A história é rica naquilo que é conhecido por estratificação social ou divisão de classes, idealizada em uma estrutura hierarquizada. Na Roma antiga encontravam-se patrícios, cavaleiros, plebeus, escravos; na Idade Média, senhores, vassalos, mestres, companheiros, servos; e, em cada uma destas classes, gradações especiais.¹⁴

Todavia, a realidade que inaugura este novo milênio mostra a humanidade um novo jeito de caminhar. Jeito caracterizado não por uma hegemonia do capitalismo, mas por encurtamentos de distâncias, instantaneidade das comunicações e ampliação de mercados com formação de blocos econômicos. O mundo assiste ao apogeu da globalização e novos desafios são impostos como, por exemplo, viver em ambiente ecologicamente equilibrado diante da disputa incomensurável por mercados. A velocidade da informação, aliada ao desenvolvimento tecnológico marcam, sobremaneira, a atualidade e é fator preponderante de mudança na vida humana.

1.2 Exclusão: aspecto comum do Estado Nacional em todas as épocas

O caminhar da história dos povos pressupõe transformações próprias à época em questão. O Estado Moderno em mais de meio milênio de história apresenta transformações importantes, principalmente quando acompanha o desenvolvimento tecnológico, as tendências de ampliação de relações comerciais e de estreitamento e rapidez das comunicações. Contudo, há aspectos que perduram no tempo (uniformização, discriminação, segregação, dentre outros), por fazerem parte da base do Estado Nacional, a principal invenção da modernidade. Como já mencionado acima, o surgimento do Estado Nacional coincide com as grandes navegações, com o racionalismo e com um expansionismo econômico extremamente importante para a época.

se isolar uma dessas formas acessórias e tomá-la como o fundamento dessas revoluções, o que é tanto mais fácil, uma vez que, os indivíduos que promovem as revoluções criavam ilusões sobre sua própria ação, conforme seu grau de cultura e estágio de desenvolvimento histórico. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 111-112.

¹⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. 7. ed. São Paulo: Global, 1988, p. 75-76.

Num primeiro momento, é oportuno abordar o aspecto econômico como grande sustentáculo de Estado Moderno.¹⁵ As potências europeias apropriaram-se das riquezas de povos conquistados para desenvolver o modelo econômico capitalista, que até os dias atuais se conserva da mesma forma, ou seja, através da exploração dos mais pobres pelos mais ricos. Aliás, este cenário fica evidente em uma visão ampla, quando se trata de povos e nações; como também em uma visão restrita, quando se fala das relações entre capital e trabalho assalariado. A conquista da América, o Novo Mundo, constitui-se fato de extrema relevância para sistema econômico capitalista concebido pelos europeus. A industrialização da Europa e dos Estados Unidos não seria viável sem as riquezas exploradas nas Américas, dentre as quais ouro, cobre, prata, e outros recursos minerais, além da madeira. De igual maneira também ocorreu na África e na Ásia. O capitalismo não seria viável sem certas invenções da modernidade como a moeda, os bancos, os exércitos - instrumentos de conquista de novas terras em busca de riquezas -, a política, ao exercer as ações, ao garantir a exclusão, o direito e a religião como meio de uniformização de valores e de exercício de poder que na atualidade conduz os consumidores à procura de diferentes mercadorias.¹⁶

Também é relevante destacar que é uma necessidade do Estado Moderno o desenvolvimento contínuo de um processo de exclusão: de natureza econômica, étnica, cultural cujo resultado é a exploração do fraco pelo forte, do pequeno pelo grande, da colônia pela metrópole. A realidade brasileira, nos dias atuais, é reflexo desta conjuntura excludente. Para Raymundo Faoro a triste realidade de expoliação, miséria e subserviência dura mais de cinco séculos. Neste período, a estrutura político-social resistiu a todas as reformas, transformações e desafios. O capitalismo colonial contribuiu para dar vida ao Estado da forma como hoje se mostra. Assim, este capitalismo arcaico incorpora conceitos do capitalismo moderno, de concepção industrial e liberal, em que o indivíduo era tido como livre para negociar, contratar e gerir bens. A política não separa o público do privado. Ocorre uma verdadeira mistura. Explora-se, manipula-se o aparato estatal e nasce um domínio do privado sobre o público – o patrimonialismo – fundado na tradição.¹⁷

¹⁵ “O Estado moderno (a partir de 1492) foi construído a partir de uma aliança entre nobreza, burguesia e o rei. Em meio a três esferas de poder territorial (império, reino e feudo) o estado moderno é construído a partir da afirmação do poder do rei sobre os senhores feudais (nobres) e da aproximação dos burgueses que, necessitando da proteção do rei, ajudam a financiar a construção do estado moderno. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional bolivariana. Cf. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; *et al.* (Orgs). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 90.

¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

¹⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 819.

É conveniente ressaltar que a exclusão é uma característica que perdura ao longo dos tempos, inclusive nos séculos XX e XXI. A conturbada conjuntura que envolveu a Segunda Guerra Mundial constitui um verdadeiro ponto de inflexão no que se refere ao reconhecimento das minorias como seres humanos, detentores de direitos e de dignidade. O anti-semitismo moderno tem suas origens nas transformações ocorridas na Europa a partir do século XVIII. A sociedade tradicional chegava ao fim, fruto do que se chamou de modernização. Os judeus constituem, talvez, o maior destaque. Antes eles não participavam da vida política e social. O processo de inclusão dos judeus e de outras minorias seguiu o discurso liberal da Revolução Francesa, o que gerou, principalmente em relação aos judeus, intolerância que fizeram do antissemitismo um instrumento de poder que culminaria, mais tarde, no totalitarismo. Neste sentido, o antissemitismo moderno constitui uma ruptura com a tradição ocidental, revelando uma nova tendência do mundo contemporâneo.¹⁸

Immanuel Wallerstein chama a atenção a respeito da temática discutida ao longo da história. Os temas são antigos, porém abordados com o estilo propício para cada época, destacando-se o período após o século XVI. Esta modernidade, que exige padronização e uniformização, sempre debateu o universalismo. Universalismo, chamado de europeu, que não se mostra genuíno, universal. Universalismo europeu que defende os interesses do estrato dominante do sistema-mundo moderno. Já a luta ideológica entre o chamado universalismo universal e o universalismo europeu é extremamente importante, pois as suas consequências influenciarão, sobremaneira, o mundo no futuro.¹⁹

Este Estado, chamado Moderno, foi construído sobre o alicerce da exclusão, da segregação. A conquista dos direitos e garantias fundamentais, base do constitucionalismo tão falado na atualidade, é o resultado de um longo processo de lutas e conquistas travadas no curso da história, principalmente a partir do século XIX.²⁰ O grande desafio para a humanidade é a superação deste panorama característico do Estado Moderno baseado na exclusão e na opressão e promover um grande chamamento à inclusão e ao diálogo.

¹⁸ LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 38.

¹⁹ WALLERSTEIN, Immanuel. *Universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad.: Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 26-27.

²⁰ Mais uma vez é salutar citar passagem do professor José Luiz Quadros de Magalhães: “[...] o constitucionalismo moderno não nasceu democrático e o seu processo de transformação e lenta democratização ocorreu por força dos movimentos sociais do século XIX, especialmente o movimento operário, os sindicatos e a constituição dos partidos políticos vinculados às reivindicações e lutas operárias. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 38.

1.3 O Estado Plurinacional

Fenômeno particular da América Latina, o Estado Plurinacional surge como um novo modo de trazer todos os segmentos da sociedade à participação no processo decisório. É importante destacar que a América foi um território colonizado por europeus e que a construção do Estado Nacional no chamado Novo Mundo se deu por meio de lutas pela independência ao longo do século XIX. Além disso, um ponto é comum a todos os Estados que se tornaram independentes: a vocação para privilegiar as elites. Na América Latina, a formação dos Estados Nacionais se deu de forma diversa da Europa. Um ponto comum na formação desses Estados é que os processos de independência foram fomentados por uma parcela minoritária, já que não havia interesse das elites que a maioria se sentisse parte integrante das novas Nações. Como consequência, boa parte de povos nativos, os indígenas e os negros africanos foram excluídos da nacionalidade. Eram sujeitos sem direito e a nacionalidade não pertencia à maioria, pois não era interesse das elites a integração social destas pessoas.²¹

A história americana foi pautada pela exploração dos nativos indígenas, pelo tráfico e escravidão dos negros africanos a sustentar uma economia agrícola e a prover o domínio político nas mãos de uma minoria. O mesmo ocorreu em toda a América espanhola e no Brasil. O processo de independência não foi total. Herdou-se muito dos costumes e dos modos coloniais de gerenciar a sociedade. Raimundo Faoro expõe sobre a relação entre o poder da burguesia colonial e as minorias que comandam o novo Estado. A elite minoritária comanda e controla os grupos humanos e a economia. A sociedade é mantida sobre uma estrutura estratificada em classes, que exerce grande influência política. O patrimonialismo, origem de toda burocracia advém de um formato econômico, baseado na expansão comercial e marítima de Portugal. A elite não conseguiu manter-se sem o apoio do Estado e sempre necessitou da sua proteção, tutela de cima.²²

Percebe-se que a burguesia mantinha, e continua mantendo, uma relação estreita com o Estado como meio de manipular o poder e manter privilégios, os quais o poder econômico não consegue satisfazer sem o contato com o poder político. Daí advém o patrimonialismo cuja ideia se confunde com o que seja público ou privado. Este paradigma, cujo processo de ruptura já se iniciou particularmente na Bolívia e no Equador, com capacidade de quebrar o

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

²² FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 236.

modelo dos tradicionais Estados Nacionais latino-americanos, deve ser superado. O Estado plurinacional busca uma ideia de democracia consensual, dialógica e participativa. As práticas democráticas atuam juntamente com os mecanismos de democracia representativa majoritária. O Estado Plurinacional rompe com a tradição de mais de cinco séculos do Estado Moderno. Todos os cidadãos são chamados a participar e sua voz deve ser ouvida. Trava-se o debate na busca do consenso e isto encurta a distância entre o representante e o representado. Superam-se as práticas uniformizadoras do Estado Nacional em busca do respeito às tradições culturais dos grupos existentes, independentemente de etnia, concepção religiosa ou cultural.

A democracia fundada em um Estado Plurinacional busca superar a uniformização e a intolerância próprias do Estado Nacional. Neste, a sociedade se vê obrigada a aceitar os valores estabelecidos na constituição em relação aos diferentes ramos do Direito, ao sistema econômico, bem como outros pontos do cotidiano social. A novidade do Estado Plurinacional é o rompimento com a premissa teórica do modelo de Estado Nacional tradicional: constitucional e democrático representativo, mas pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados, uniformizador de valores e excludente. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais existentes.²³

O Estado Plurinacional é um novo paradigma que busca atender aos clamores de diferentes grupos, garantindo o respeito a seus costumes e tradições, pois quebra a ideia uniformizante e opressora de grupos que exercem uma espécie de hegemonia. Sob o ponto de vista teórico, o alemão Jürgen Habermas enfatiza as lutas pelo reconhecimento das minorias marginalizadas em um Estado Democrático de Direito, porém não se concretiza o Estado Plurinacional, caracterizando-se por universalização dos direitos do cidadão. Tanto o liberalismo como a social democracia tiveram por meta acabar com a privação de direitos de grupos desprivilegiados e, conseqüentemente, a divisão da sociedade em classes. Após o fim do socialismo restou a promoção do trabalho assalariado com o acréscimo de direitos e maior participação política, vislumbrou-se a chance de a população viver em melhor perspectiva de segurança, justiça social e bem-estar. Portanto, as injustiças sociais, próprias da sociedade capitalista, devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivos.²⁴

²³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. (*Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*). Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 230-231.

É evidente a influência das ideias de Habermas sobre o desenvolvimento de políticas no Estado Plurinacional. Porém, a inovação vem a partir do respeito a costumes e tradições, deixando o caráter uniformizador do Estado Moderno e aderindo a uma convivência harmônica entre os diferentes grupos sociais. A observância de um Direito que respeite o modo de vida dos segmentos traz a riqueza e a certeza da possibilidade de concretização de direitos em um ambiente extremamente plural. A Bolívia é o exemplo clássico, onde boa parte da população nativa é indígena, como mostra José Luiz Quadros de Magalhães:

A Constituição da Bolívia, na mesma linha de criação de um Estado Plurinacional dispõe sobre a questão indígena em cerca de 80 dos 411 artigos. Pelo texto, os 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus) passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia. Com a aprovação da nova Constituição, a Bolívia passou a ter uma cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, que também passarão a ter propriedade exclusiva sobre os recursos florestais e direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades. A Constituição estabelece a equivalência entre a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país. Cada comunidade indígena poderá ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores. As decisões destes tribunais não poderão ser revisadas pela justiça comum.²⁵

Em síntese, o Estado Plurinacional privilegia a igualdade em seu sentido maior: o material. A participação política, por si só, é uma ação afirmativa, porém o processo decisório deve ser escopo de respeito à cultura nativa, passo importante da democracia,²⁶ superando as concepções do Estado produto da modernidade. A democracia moderna, baseada na representatividade, é superada pela adoção de mecanismos que visam aos consensos,²⁷ democracia consensual, rompendo com a primeira e se desvencilhando de mecanismos contramajoritários, o que diminui a judicialização da política, encarando os direitos fundamentais como construções do consenso.²⁸

²⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 30.

²⁶ A este respeito acentua Boaventura de Sousa Santos, “(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

²⁷ “Começamos pela democracia. Ao contrário da democracia moderna essencialmente representativa, a democracia do Estado plurinacional vai além dos mecanismos representativos majoritários. Não quer dizer que estes mecanismos não existam, mas, sim, que devem ceder espaço crescente para os mecanismos institucionalizados de construção de consensos.” (In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39).

²⁸ “Assim, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente. O Estado e a constituição no lugar de reagir a mudanças não previstas ou não permitidas, passa a atuar, sempre, favoravelmente às mudanças desde que estas sejam construídas por consensos dialógicos, democráticos, logo não hegemônicos, plurais, diversos, não hierarquizados e não permanentes.” (In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43).

2. ASPECTOS DE CUNHO TEÓRICO SOBRE O DIREITO PENAL

O Direito Penal deve ser estudado a partir de dois prismas distintos: o dogmático e o criminológico. O primeiro define as condutas comissivas ou omissivas tipicamente proibidas, ou seja, a definição do injusto ou o objeto de reprovação e o fundamento de tal reprovação, consubstanciando a culpabilidade. O segundo aborda as formas como é concebido o combate à criminalidade sob a ótica política.

O objeto de estudo do direito penal é o fato punível, elemento essencial para a definição, pelo Estado, da política penal para controle da criminalidade. As definições sobre fato punível apresentam naturezas diversas de acordo com a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade. Assim, as definições *reais* explicariam a origem da criminalidade, importantes para delimitar o objeto de estudo da criminologia; as definições *materiais* indicariam a gravidade do dano social produzido pelo crime, como lesões de bens jurídicos capazes de orientar a formulação de políticas criminais; as *formais* revelariam a essência do crime, como violação da lei com a aplicação da respectiva pena e as definições pragmáticas identificariam os elementos constitutivos do tipo penal, necessários para determinação da existência concreta de ações criminosas.²⁹

Ao se abordarem os objetivos do Direito Penal, destacam-se as diferenças entre o discurso oficial e o discurso real. O primeiro baseado na teoria jurídica da pena, fundada em princípios como a legalidade; e o segundo baseado na teoria criminológica da pena, e que coloca em contraposição a utopia e a realidade das sociedades atuais. Assim, o injusto deve ser conteúdo normativo para apoiar o Estado nas ações de prevenção/repressão das ações criminosas. O Estado³⁰ busca uma unicidade da ordem jurídica para conduzir o exercício do seu poder de coerção. O tratamento com o injusto penal não é diferente. Há um elenco de condutas puníveis, pois são contrárias àquilo que se considera como aceitável no seio social.

Assim discorre Juarez Tavares sobre esta unidade do injusto:

Os argumentos para o tratamento unitário do injusto derivam, em primeiro lugar, da unidade do juízo de antijuridicidade, quer dizer, a característica de uma conduta como injusto não decorre de sua antinormatividade, mas da contradição entre seu cometimento e a ordem jurídica tomada na sua totalidade. Em segundo lugar, porque a conduta criminosa quer como ato comissivo ou omissivo deve subordinar-se ao princípio da legalidade, o qual exige que todos os seus elementos se encontrem

²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 1-2.

³⁰ Este Estado que é tratado é o Estado Nacional, fruto da modernidade e de um modelo uniformizante de conduta e de tratamento.

definidos legalmente e presentes no caso concreto. A conjugação dessas duas séries de pressupostos, que são mais pressupostos políticos do que jurídicos, levou a uma configuração unificada da concepção do injusto, o qual não pode ser repartido consoante capacidade de contratar dos seus protagonistas, como ocorre, por exemplo, no direito civil, nem se desprover de informalidades como se dá no direito administrativo.³¹

2.1 O discurso oficial do direito penal

O discurso oficial do Direito Penal prega que o seu objetivo primordial é a proteção de bens jurídicos cujo conceito³² merece ser desenvolvido para melhor compreensão do tema. Entende-se *bem jurídico* como componentes necessários para a vida humana e para o convívio do homem em uma sociedade. Para tanto, encontram-se consubstanciados na Constituição, formando um rol de elementos imprescindíveis para o desenvolvimento individual e social da pessoa humana, assim como de garantias fundamentais necessárias para a promoção de objetivos maiores da República. A seleção de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal deve estar fundada em critérios político-criminais contidos na Constituição. Para exemplificar, a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a paz, a fé e a administração pública constituem os bens jurídicos protegidos contra as várias formas de lesão pelo Código Penal.³³

Contudo, a conceituação de *bem jurídico* não se mostra tão prosaica e sintética como a maior parte dos autores procura abordar. Juarez Tavares aborda o conceito de bem jurídico sob quatro perspectivas distintas e demonstra que há uma unanimidade acerca do termo:

Dada a variedade com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar bem jurídico. Todos os conceitos procuram deixar claro de forma sintética as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto e as finalidades da norma, o que leva a confundir com o próprio bem jurídico.

Neste sentido, podemos traçar quatro correntes conceituais: uma positivista, uma neokantiana, uma ontológica e uma funcionalista, as quais, apesar de se caracterizarem por determinada orientação, muitas vezes, estão impregnadas de parâmetros e argumentos que não correspondem, no fundo, a seu programa inicial. (tradução livre)³⁴

³¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 112-113.

³² O conceito de *bem jurídico* foi criado por Birnbaum. Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 5; e TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 17.

³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 5.

³⁴ Dadas las variedades con que se presenta, es prácticamente imposible conceptuar exhaustivamente el bien jurídico. Todas las conceptualizaciones generalmente procuran aclarar de forma sintética las directrices del pensamiento jurídico en cuanto al contenido del injusto y las finalidades de la norma, lo que da por resultado el confundirlos, indebidamente, con el propio bien jurídico.

En este sentido, podemos trazar corrientes conceptuales: una positivista, una neokantiana, una ontológica y una funcionalista, las cuales, a pesar de caracterizarse por una determinada orientación, están muchas veces

Pode-se concluir que o conceito de bem jurídico espelha os parâmetros ao longo dos tempos de acordo com bases argumentativas correspondentes. A história mostra que o Direito Penal sempre atuou na defesa de normas e preceitos morais e éticos, bem como da doutrina da religião católica. Na Idade Média, e mesmo na modernidade, a Inquisição representava a grande arma na defesa do cristianismo e de combate aos hereges.

O bem jurídico adveio da necessidade de se desatrelar o Direito Penal de conceitos morais, éticos ou religiosos e ligá-lo a atributos próprios da vida social das pessoas. Muda-se o foco do contexto moral para um contexto social. Assim trata da temática o alemão Winfried Hassemer:

O conceito de bem jurídico deve-se à ideia de bem do *Iluminismo*. Ele foi formulado e fundamentado por *Paul Johann Anselm Feuerbach* por volta do século XIX, como arma contra uma concepção moralista de Direito Penal. A infração contra uma norma moral ou ética não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente “bens jurídicos”. Com isso foi introduzida a mudança para um sistema do Direito Penal orientado empiricamente, mesmo que ainda necessitasse de muitas lutas para atrair a atenção do legislador penal e dos juristas sobre as consequências dos seus procedimentos.³⁵

A ideia da teoria do bem jurídico ganhou força na nova concepção de Direito Penal adotada na Alemanha pós-guerra. Destaca-se que os nazistas utilizam a pena criminal, em toda sua extensão, para consecução das políticas atinentes ao regime. Não havia qualquer discussão ou preocupação quanto às figuras do autor do delito ou da vítima. Ou seja, o Direito Penal era utilizado para aumentar o processo de exclusão dos judeus e dos outros grupos minoritários.

Ao resgatar-se o bem jurídico como objeto a ser protegido, privilegia-se a caracterização da conduta do autor como sendo a causa de uma lesão para definição do injusto penal. No entanto, um novo desafio é apresentado ao legislador na condução da política criminal, já que não se está defendendo a norma incriminadora que, na maioria das vezes, tem conteúdo moral ou ético, pura e simplesmente, mas mostra que há neste contexto uma vítima, cujos bens e interesses também sofreram uma lesão. O penalista alemão Claus Roxin mostra esta evolução a partir do Direito Penal alemão reformado na década de 1960. O Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem

impregnadas de parâmetros y argumentos que no corresponden, en el fondo, a su programa inicial. Cf. TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 15.

³⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 56.

jurídico. A ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não valores políticos ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas ou simples sentimentos. O projeto alternativo alemão de 1966 pretendia opor-se ao projeto do governo de então com uma política criminal alternativa que pregava que as penas e as medidas de segurança servem para proteção dos bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica.³⁶

Ao deixar de lado concepções morais, éticas e religiosas, o Direito Penal ganha caráter finalístico teleológico. Como meio de execução de políticas, o Estado se utiliza da pena criminal como caminho para concretização de determinados fins de seu interesse. Busca-se a proteção de bens jurídicos e não um culto a valores morais. Carrara, ao desenvolver a sua definição de crime, ateu-se ao dano político, dizendo que o direito penal é atribuído ao Estado como meio de mera defesa da ordem externa, não para o fim de aperfeiçoamento interno. Daí a característica *finalística* do direito penal. O direito penal existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*, não para a simples proteção de valores morais.³⁷

No entanto, a afirmação de que o Direito Penal se presta para a proteção de bens jurídicos não deve ser vista de maneira absoluta, mas sim de maneira subsidiária e fragmentária. Isto se dá em função do emprego da força extrema para uma efetiva proteção. Assim, cabe ao Direito Penal a defesa de certos bens jurídicos de relevância para a vida social, não sendo adequada a utilização da pena criminal como meio de execução de políticas dissuasórias ou repressivas voltadas à proteção desses bens. A subsidiariedade pressupõe a existência de meios mais eficazes e menos gravosos e a fragmentariedade aduz à escolha de determinados bens jurídicos para que estejam sob o pálio do Direito Penal.

Assim, diz-se que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*. Proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos presentes no ordenamento jurídico; proteção fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos na Constituição da República. Protege apenas os bens jurídicos selecionados para proteção penal³⁸. Ademais, dentro de uma realidade constitucional, lembrando do paradigma Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos devem estar contidos na Constituição. Neste viés há a necessidade de um constante processo de penalização e despenalização como efeito de uma evolução social norteadas pelos princípios

³⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

³⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 20-21.

³⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 5.

norteadores expressos no texto constitucional.³⁹ Aliás, a atividade legiferante do Estado deve partir de pressupostos constitucionais para ser realizada, sob pena de o desejo de resposta à sociedade por meio do Direito Penal acabar se constituindo em verdadeira ditadura da maioria. A lei penal necessita ser limitada pelo texto constitucional. Consequentemente, há necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais.⁴⁰

Pode-se dizer, diante da realidade vivida na atualidade, que esta concepção teórica oficial de Direito Penal está longe de ser uma realidade. O discurso feito para a sociedade é de que o Direito Penal é a solução para a grande maioria dos problemas que a afligem e que se for necessário, o ideário garantido constitucionalmente deve ser ignorado, aliado ou até mesmo rasgado. Só para exemplificar, é conveniente citar a impossibilidade de progressão de regime nos caso dos chamados crimes hediondos, o que já foi rechaçado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a imposição do Regime Disciplinar Diferenciado nos estabelecimentos prisionais, a possibilidade de transação penal nos juizados especiais criminais (crimes de menor potencial ofensivo) mesmo sem haver qualquer espécie de acusação formal contra o autor do delito e sem qualquer direito a contraditório, e a diminuição da maioridade penal. Portanto, este discurso, chamado oficial, deve ser sempre o objetivo a ser buscado.

2.2 O discurso real do direito penal

Apesar de todo discurso jurídico ser vocacionado para uma visão igualitária, esta parece longe de se concretizar. A igualdade é um bem cujo interesse é relegado ao segundo plano ou até nem existe. Isto devido a uma estrutura social arraigada a um sistema econômico capitalista, que é, naturalmente, desagregador e estimulador daquilo que se chama luta de classes. A relação entre capital e trabalho sempre se mostrou conflituosa no capitalismo, o que leva à necessidade de um conhecimento profundo das relações de luta entre as classes detentoras do capital e as da força de trabalho. Assim, o Direito Penal, através do seu discurso real, constitui instrumento de manutenção dessa realidade satisfatória ao sistema capitalista. Dentro do discurso real do Direito Penal, os seus objetivos são definidos a partir da

³⁹ Princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da intervenção mínima, princípio da humanidade e princípio da pessoalidade e individualização das penas. Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 17.

⁴⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 38.

compreensão das relações entre capital e trabalho e das lutas advindas entre ambos, como dispõe Juarez Cirino dos Santos:

A definição dos *objetivos reais* do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações *produção* e de *circulação* da vida material, em que os indivíduos se relacionam como *proprietários do capital* ou como *possuidores de força de trabalho* – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados –, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas *classes sociais* fundamentais e da *luta de classes* correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social.⁴¹

É conveniente considerar como parte integrante do grande instrumento de controle da sociedade: os aparelhos ideológicos do Estado. Estes não se constituem, necessariamente, parte integrante do poder público, porém muitos estão presentes na vida social em meio a instituições eminentemente privadas como a imprensa, os sindicatos, a família, as igrejas, dentre tantas outras. Neste campo de discussão pouco importa a distinção entre público e privado, sendo relevante o papel que essas instituições desempenham como formadores de opinião e contribuintes para a manutenção da estrutura social. Os aparelhos ideológicos do Estado são instituições que, em sua maioria, não possuem caráter público e são simplesmente instituições privadas. A distinção entre o público e o privado é algo próprio do direito burguês e se impõe nos lugares onde este exerce poder. O domínio do Estado lhe escapa, pois este está além do Direito. O Estado serve à classe dominante e não possui características nem de público nem de privado como os aparelhos ideológicos do Estado. Instituições privadas podem perfeitamente funcionar como aparelhos ideológicos do Estado.⁴²

Forma-se neste contexto, um amplo aparato de controle social, seja por aparelhos ideológicos, ou repressivos do Estado. Dentro de um sistema capitalista, o poder econômico exerce grande influência na vida da sociedade, para não dizer que dita as regras. Numa conjuntura de luta de classes, há o interesse de manutenção de um estado de estratificação no qual a classe que detém o poder econômico, possui bens de capital efetua um controle considerável sobre a classe majoritária, os proletários.

Com efeito, o resultado do controle social é a aceitação da situação, classificada como correta ou justa. Para tanto, este controle se dá sobre o comportamento das classes proletárias,

⁴¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 5.

⁴² ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1976, p. 69.

consideradas mais carentes, para ter como resultado a aceitação do *status quo*. O sistema atual é baseado na concentração do poder econômico e político. Busca-se controlar o comportamento que vai de encontro com a ordem estabelecida, sendo que, na maior parte dos casos, o controle é exercido sobre os marginalizados. O controle social visa favorecer os interesses da minoria que detém o poder e a riqueza - capital, prestígio, educação, bens de consumo. O controle social denota uma preocupação em condicionar as pessoas para aceitarem a distribuição desigual dos recursos sociais, apresentando a ordem social como justa e intimidando quem a coloca em dúvida.⁴³

Como caminho natural de um processo de controle social, define-se o que seja crime. Os que detêm poder para definir qual conduta ou comportamento são considerados injustos o fazem com o propósito de manutenção ou atribuição de um *status* a uma pessoa geralmente da classe marginalizada. Há, portanto, um exercício explícito de poder em que as relações advindas das lutas entre as classes ficam notórias. A criminalidade é um *status* social atribuído a uma pessoa marginalizada por quem tem poder de definição. A atribuição deste *status*, mediante o exercício do poder de definição no âmbito de um conflito entre grupos, é o traço característico de uma reação social afirma, na perspectiva da sociologia do conflito.⁴⁴

Com uma mudança de foco nos últimos tempos, a criminologia como ciência responsável por estudar os meandros da criminalidade, passou a tratar do crime não como fenômeno do sujeito, mas como uma criação da sociedade. A criminalidade tinha como origem um motivo até mesmo biológico. A criminologia contemporânea passou por um processo drástico de mudança, que continua nos dias atuais. O foco do estudo criminológico deixa de ser o autor, o sujeito e passa a ser uma complexa teia de relações coletivas e estruturas sociais. Enquanto a criminologia tradicional pressupõe um sujeito anormal, doente e o crime como realidade pré-constituída ao sistema de controle social - leis e aparelhos de repressão criminal, a criminologia crítica e radical estuda sujeitos e coletividades como produtos do conjunto das relações sociais e desloca a atenção para os processos históricos dessas relações sociais, definidas pelas estruturas de produção material e pelos sistemas ideológicos de dominação, que produzem e transformam a natureza humana, não como dado natural acabado, mas como produto histórico em formação.⁴⁵

⁴³ SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 139.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 131.

⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 59-60.

A criminologia tradicional está atrelada à neutralidade do Direito instrumento de justiça social e de proteção de interesses gerais, o que é uma proposição falsa. O que ocorre na realidade social é o controle dos marginalizados e oprimidos através do Direito Penal, os quais são reprimidos pela força e, frequentemente, levados ao sistema de justiça criminal.⁴⁶

O verdadeiro papel da Criminologia Radical é retratado também por Juarez Cirino dos Santos que se baseia numa perspectiva marxista para definição do que seja o controle social a ser exercido sobre as relações de trabalho e sobre as relações entre capital e trabalho assalariado. O Direito Penal se define como instituição superestrutural de reprodução das relações de produção, promovendo ou embaraçando o desenvolvimento das forças produtivas.⁴⁷

A criminologia tradicional, limitada à definição, julgamento e punição do criminoso isolado, explica o crime por meio de relações psicológicas como vontade, intenções, motivação dentre outros. A Criminologia Radical, ao contrário, faz uma ligação do fenômeno criminoso às estruturas de relações sociais, ligando a criminalidade a condições sociais necessárias e suficientes para sua existência.⁴⁸

Diante desta realidade, constata-se que os desníveis produzidos pela luta de classes, a favorecer o discurso capitalista, geram uma infinidade de problemas sociais. Neste rumo, prega-se o discurso de que a solução desses problemas passa, necessariamente, pela imposição de normas penais e pela definição dos inimigos do sistema. Para tanto, as classes dominantes se utilizam da intensificação da atividade legislativa como caminho para a pacificação social, o que é sabidamente uma ilusão. Busca-se o fortalecimento do discurso, das práticas, das técnicas da guerra contra o crime e da segurança pública - voltada às ações de limpeza do espaço público e devolução das ruas aos cidadãos. O controle penal em um ambiente globalizado assevera a função simbólica do Direito Penal através de uma excessiva produção legislativa. Prega-se a ilusão de solução dos mais variados problemas sociais através do direito penal. Assim, os novos inimigos - terroristas, traficantes, sem-teto, sem-terra, dentre outros - são redescobertos e contra os quais se deve travar o combate não poupando nem mesmo o delinquente burguês - sonegadores, depredadores ambientais, corruptos, condutores de veículos, dentre outros, que se torna também vulnerável face ao poder globalizado do capital.⁴⁹

⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 35.

⁴⁷ Ibidem, p. 39.

⁴⁸ Ibidem, p. 51.

⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 25.

Certamente a maior crítica que se faz diante do discurso real do Direito Penal é o quanto o sistema criminal contribui para o fortalecimento das condições de desigualdade entre as classes - verticalização, bem como no favorecimento à manutenção do poder nas classes mais abastadas. O Direito torna-se, então, um instrumento de poder de uma minoria sobre uma maioria de desfavorecidos e que age sob o manto da seletividade. A relação entre Direito/sistema penal e desigualdade leva, em certo sentido, à inversão dos termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Além das leis penais serem criadas e aplicadas de forma seletiva, a distribuição desigual da criminalidade, imunidade e criminalização, segue a lógica também desigual de distribuição do poder e da propriedade e à hierarquia dos interesses em jogo - estrutura vertical da sociedade. O Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de manutenção e reprodução da desigualdade.⁵⁰

Em tempos de neoliberalismo, o Direito Penal ganha contornos claros de violação de direitos e garantias fundamentais, como isonomia, presunção de inocência, bem como direito à privacidade. Ademais, os meios de comunicação, principalmente a televisão e a internet, exercem um poder incomensurável na formação da opinião pública. Assim, estes meios empreendem campanha maciça de valorização do Direito Penal, através da divulgação de programas que noticiam de forma sensacionalista, os relatos de atos criminosos. Nilo Batista demonstra o novo caminho tomado pelo Direito Penal:

O sistema penal do empreendimento neoliberal tem características que o distinguem do sistema penal do capitalismo industrial, que no caso brasileiro correspondeu ao estado de bem-estar. Apenas mencionarei algumas dessas características: 1ª) sua dualidade: para consumidores ativos, penas alternativas à privação da liberdade, suspensão do processo, *sursis*, transação penal; para consumidores falhos, encarceramento prolongado neutralizante. O símbolo da primeira face é a legislação dos Juizados Especiais; da segunda face, a legislação dos crimes hediondos; 2ª) o abandono da utopia preventivo-especial, própria do estado de bem-estar, em favor de uma pena privativa de liberdade de segurança; 3ª) o vigilantismo (corta-se na carne da privacidade, altera-se o estatuto ético da delação, espiona-se com câmeras e com prêmios); 4ª) os novos papéis da mídia.⁵¹

Pode-se dizer que há diferenças consideráveis entre os objetivos declarados e os objetivos reais do Direito Penal; porém há um ponto em comum nas duas leituras: a manutenção da ordem. De uma ordem que para o discurso oficial se reveste de um sentido de pacificação da vida social. Sob a ótica do discurso real, a ordem vista é a que mantém um sistema econômico excludente e desagregador evidenciado por uma relação conflituosa entre

⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 284-285.

⁵¹ BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 23-24.

capital e trabalho assalariado, ricos e pobres, patrões e proletários. É em meio a toda esta realidade de conflitos, que se estabelece a cultura da rotulação (*labeling approach*) que contribui, como modelo carregado de simbolismo, para o exercício do controle social.

A política criminal, da forma como realmente vem sendo executada, não se mostra comprometida com todo o ideário garantido na Constituição da República de promoção da dignidade humana e de promoção do desenvolvimento com valorização do trabalho. Passar-se-á, a seguir a tratar de maneira mais detalhada sobre os conceitos ligados à rotulação e que se fazem necessários para a real compreensão do tema. Aliás, todo discurso que envolve o Direito Penal mostra-se falso, não por mera conveniência ou maldade de alguns, mas em virtude da incapacidade de se conceber algo diverso que seja capaz de defender os direitos de determinadas pessoas.⁵²

2.3 O *labeling approach*

O simbolismo exerce uma função extremamente importante na vida humana e se constitui em instrumento poderoso de exercício de poder. Aliás, a vida da sociedade é estruturada sobre símbolos. Aliás, o exercício de poder se dá por meio de símbolos. Na antiguidade, os gregos se utilizavam dos mitos para descrever rotinas do seu cotidiano. Na Idade Média, o catolicismo usou dos símbolos para exercer o poder da fé. Para exemplificar, os tribunais da inquisição executavam suas decisões contra os hereges por meio do fogo, como lembrança do inferno.

O exercício do poder através dos símbolos deve ser destacado, uma vez que o efeito causado pelo símbolo se potencializa, efeito multiplicador. Como já abordado anteriormente, os Aparelhos Ideológicos de Estado exercem importante papel simbólico no cotidiano social. Segundo Pierre Bourdieu, ideologia também pode ser tratada como dominação simbólica, potência simbólica ou violência simbólica.⁵³ Nesse sentido, Pierre Bourdieu alude que a

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 14.

⁵³ Ao ser questionado sobre o significado da expressão violência simbólica, Pierre Bourdieu de modo exemplificativo responde: “Creio que a violência assume formas mais sofisticadas. Um exemplo são as pesquisas de opinião, pelo menos na França. (Disseram-me que aqui é diferente, mas, na França, as pesquisas de opinião são uma forma mais sofisticada de apreender a opinião pública do que o simples contato entre os políticos e seu eleitorado.) As pesquisas de opinião são um exemplo do tipo de manipulação que estivemos discutindo, uma nova forma de violência simbólica pela qual ninguém é plenamente responsável. [...]por exemplo, os políticos – os que estão no governo – não sabem como o processo funciona e, por conseguinte, ele os rege. Trata-se de uma estrutura complexa, com uma porção de agentes diferentes: jornalistas, formadores de opinião, intelectuais que comentam as pesquisas, intelectuais da TV (que são muito importantes em termos do efeito político), políticos, e assim por diante. Todas essas pessoas acham-se numa rede de interligações, e cada qual mistifica as demais e

ideologia está a serviço de uma classe dominante, porém apresenta-se com um aspecto falsamente universalista, com efeito agregador das classes dominantes e desagregador das dominadas. Com esta distinção, viabiliza-se o estabelecimento de hierarquia: verticalização das culturas e gradação: superiores e inferiores.

Assim discorre o francês:

As ideologias, por oposição ao mito, produto colectivo e colectivamente apropriado, servem interesses particulares que tendem a apresentar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo. A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando a comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante.⁵⁴

Os sistemas simbólicos configuram-se em poderosos instrumentos de comunicação a cooperar com o exercício de uma função política de imposição de ideais de um grupo dominante sobre um grupo dominado. Sendo instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de difusão do conhecimento, os sistemas simbólicos exercem função política de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a que uma classe exerça poder sobre a outra, o que se constitui em violência simbólica. Ocorre assim, segundo Weber, a “domesticação dos dominados”.⁵⁵

O Direito, de igual forma, exerce importante papel simbólico quando o Estado exerce poder e controle sobre a sociedade. A austeridade, o formalismo, os atos solenes, dentre outros aspectos, contribuem para a imposição de um padrão de comportamento considerado universal, além de retirar a liberdade da pessoa, privá-lo de seus bens ou impor outras sanções. O simbolismo da verticalização das classes sociais se projeta no discurso jurídico quando o Estado estabelece a ordem social, que se consubstancia na satisfação de interesses

mistifica a si mesma ao mistificar as outras. Ninguém tem consciência desse processo, e ele funciona de maneira tal que ninguém poderia dizer que a França é simplesmente governada pelas pesquisas de opinião. Para compreender isso, precisa-se de um instrumento muito mais sofisticado do que os métodos tradicionalmente empregados. Digo isso a todos os líderes sindicais. Digo a eles: vocês estão atrasados; estamos três guerras à frente, e vocês, com um atraso de três guerras de classe; vocês estão lutando com instrumentos adequados à luta de classes do século XIX, embora enfrentem formas de poder que são muito sofisticadas.” Cf. BOURDIEU, Pierre. EAGLETON, Terry. *A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista*. In: ŽIŽEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rev. Trad. César Benjamin. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 275.

⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 10-11.

⁵⁵ Ibidem, p. 11.

da classe dominante. No contexto social, é natural a ocorrência de conflitos entre as pessoas, com pontos de vista antagônicos e interesses distintos, cujo embate é carregado de simbolismo e promove a solução para a controvérsia. Também Pierre Bourdieu aborda o poder simbólico exercido pelo Direito:

Confrontação de pontos de vista singulares, ao mesmo tempo cognitivos e avaliativos, que é resolvida pelo veredicto solenemente enunciado de uma «autoridade» socialmente mandatada, o pleito representa uma encenação paradigmática da luta simbólica que tem lugar no mundo social: nesta luta em que se defrontam visões de mundo diferentes, e até mesmo antagonistas, que, à medida da sua autoridade, pretendem impor-se ao reconhecimento e, deste modo, realizar-se, está em jogo o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social, o *nomos* como princípio universal de visão e de divisão (*nemo* significa separar, dividir distribuir), portanto, de distribuição legítima. Nesta luta, o poder judicial, por meio dos veredictos acompanhados de sanções que podem consistir em actos de coerção física, tais como retirar a vida, a liberdade ou a propriedade, manifesta esse ponto de vista transcendente às perspectivas particulares que é visão soberana do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica.⁵⁶

Destarte, o Direito reveste-se da capacidade de atribuir qualidade às pessoas e instituições e de conseqüentemente formar grupos, o que, em certa medida, asseveram o processo de lutas e disputas. Mais ainda, o Direito é instrumento que o Estado possui para legitimar condutas, comportamentos e de distinguir estes entes dentro de uma realidade. Assim, o direito é a forma mais genuína de poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos. O direito confere às realidades surgidas das suas operações de classificação toda perenidade que as inscreva na história.⁵⁷

Pode-se perceber que a vida social é carregada de simbolismo e de igual forma o exercício de poder do Estado sobre os sujeitos. Certamente, o Direito é um meio importante para efetivação deste exercício de poder ao empregar a nomeação de grupos e entidades. É neste viés que se apresenta o chamado interacionismo simbólico que é uma leitura da realidade social a partir de interações concretas que, por meio de um processo de tipificação, recebem significados, afastando-se dessa concretude e mantendo um entendimento através da linguagem.⁵⁸ Esta corrente da sociologia norte-americana exercerá importante influência na consecução do chamado *labeling approach*, descrito a seguir.

⁵⁶ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 236.

⁵⁷ Ibidem, p. 237.

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 87.

2.3.1 Aspectos de ordem conceitual

O Direito é um instrumento que o Estado utiliza para definir padrões comportamentais. Exige-se das pessoas determinadas posturas, certas atitudes, maneiras aceitas coletivamente. Àqueles que não observam esses preceitos socialmente aceitos resta a estigmatização em virtude do desvio manifestado. A exata compreensão deste processo de verificação dos desvios é importante na medida em que no Estado Democrático de Direito busca-se ações voltadas à inclusão de minorias e à promoção de direitos fundamentais.

Convém definir o que seja o desvio, alvo de destaque em determinados sujeitos. É natural que um grupo social estabeleça, expressa ou tacitamente, normas que regem a convivência de seus integrantes. Assim, espera-se uma linearidade comportamental da maioria das pessoas que integram o grupo social considerado. Por isso, os que se comportam de maneira conflitante, recebem o rótulo de *outsider*, ou seja, aquele cuja postura está fora dos padrões pactuados pelo grupo, o que lhes dá a pecha de transgressor.⁵⁹

A noção de desvio pode ser compreendida de forma muito simples por meio do estudo da estatística. O desvio é constatado quando um determinado evento não apresenta um padrão de repetição. Já sob a ótica sociológica, o desvio pode ser entendido como sendo a ocorrência de uma desobediência às normas sociais que regem um grupo. Os sujeitos que incorrem em prática desviante são os que não obedecem às regras, o que leva à procura de fatores de cunho pessoal ou traços na personalidade das pessoas desviantes que contribuem ou expliquem tais transgressões.⁶⁰

Todavia, uma conduta considerada desviante pelo fato de se constituir uma exceção não se mostra relevante se não houver uma resposta ou contraponto por parte dos demais membros do grupo. Logo, o desviante não é assim qualificado devido a circunstâncias sociais, mas porque a sociedade estabeleceu o que seja desvio. Os grupos sociais criam os desvios ao estabelecer que certos atos são infrações e, portanto, desvios a serem rotulados, estigmatizados e, por vezes, puníveis.

O desviante para assim ser qualificado deve apresentar características que o difere dentro do grupo social. Para tanto, o sujeito deve ser um transgressor das regras de convivência do grupo a que pertence e que contribuiu para sua elaboração. Assim recebe o rótulo de desviante.

⁵⁹ BECKER, Howard Saul. *Outsiders*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rev. Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 17.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20-21.

Entretanto, as sociedades da atualidade se constituem de um emaranhado de interesses e relações complicadas, o que confere ao processo de rotulação certo grau de complexidade. Além disso, as normas sociais estão intimamente ligadas a um grupo social definido. Portanto, diante da complexidade das sociedades contemporâneas⁶¹, a aceitação das normas não se dá por unanimidade. Têm-se inúmeras variantes culturais, étnicas, de classes ou econômicas, o que culmina com choques de regras e normas, consequentemente há dissenso quanto ao comportamento a ser adotado. Neste rumo, um grupo procura impor a outros o seu padrão normativo, oportunidade em que ocorre a rotulação daqueles que não seguem os preceitos aceitos pela maioria dos integrantes do grupo.⁶²

A grande contribuição da teoria da rotulação não reside na definição de quais comportamentos são considerados desviantes, mas na consequência que a atribuição do estigma traz para o sujeito, o que o leva para uma vida considerada anormal. Exemplo típico se dá com o sujeito que já passou pelo sistema prisional quando busca um emprego. Há rejeição a essas pessoas que são pressionadas a seguirem uma vida de ilegalidade. Ou seja, o rótulo contribui para um agravamento da situação social.⁶³

O *labeling approach* atribui à criminalidade um significado social. O crime não é um acontecimento relacionado a uma determinada ação, mas é algo presente na sociedade e é atribuído por um ente chamado Estado. Sonja Deml procura atribuir uma definição ao *labeling approach* para compreender melhor o contexto social onde se desenvolve esta teoria:

Labeling approach significa a interação, respectivamente, da atribuição de um comportamento desviante e a rotulagem ou a atribuição desta definição. Ela representa uma abordagem moderna para a sociologia do comportamento desviante, descreve o fenômeno da criminalidade, especialmente as reações e sanções dentro da sociedade. Desvio, portanto, não é considerado nas ações praticadas por um infrator nesta qualidade. É mais uma consequência da aplicação de regras e sanções sobre os infratores. Este autor é rotulado e com ele, assim é rotulada a ação praticada. O interacionismo simbólico é considerado teoria sociológica substancial do discurso da rotulagem.⁶⁴ (tradução livre)

⁶¹ Zygmund Bauman retrata a atualidade, marcada pela Globalização como uma realidade de encurtamento de distâncias: “No mundo em que habitamos, a distância não parece importar muito. Às vezes parece que só existe para ser anulada, como se o espaço não passasse de um convite contínuo a ser desrespeitado, refutado, negado. O espaço deixou de ser obstáculo – basta uma fração de segundo para conquistá-lo. Não há mais “fronteiras naturais” nem lugares óbvios a ocupar.” Cf. BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 85.

⁶² BECKER, Howard Saul. *Outsiders*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rev. Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 27-28.

⁶³ Ibidem, p. 181.

⁶⁴ Labeling Approach bedeutet zunächst Reaktionsansatz, Etikettierungsansatz beziehungsweise Definitionsansatz. Er stellt einen neueren Ansatz der Soziologie abweichenden Verhaltens dar, der das Phänomen Kriminalität vor allem von den Reaktionen und Sanktionen der Gesellschaft her beschreibt. Devianz ist demnach keine im Handeln des betrachteten Täters auffindbare Qualität. Sie ist vielmehr eine Konsequenz der Anwendung von Regeln und Sanktionen auf Täter. Dieser Täter wird damit etikettiert, also gelabelt. Der

O *labeling approach*⁶⁵ ganha importância particular na década de sessenta, como forma de limitação das teorias estruturais, que se concentravam na criminalidade das classes marginalizadas, sendo incapazes de explicar satisfatoriamente a existência, também, de uma significativa criminalidade nas classes média e privilegiada, bem como o fato de que muitos jovens abandonam a criminalidade após certo amadurecimento pessoal. Nem toda pessoa das classes marginalizadas rejeita os meios e procedimentos legítimos de acesso aos bens culturais, integrando-se em uma cultura criminal, do mesmo modo que muitos jovens de classe média e alta rejeitam os valores convencionais e delinquem.

Afirma Sonja Deml, que toda pessoa tem o potencial necessário para se tornar um criminoso em algum momento de sua vida, sendo que as chances são maiores para os integrantes das classes marginalizadas devido a uma série de carências tal como pobreza, *status* social, falta de instrução, dentre outros. De igual modo, também as pessoas das classes privilegiadas podem se converterem em criminosos se seus processos de interação com as instituições mostram-se pobres ou destrutivos.

O *labeling approach* trata de uma corrente criminológica próxima à criminologia radical, de cunho marxista, mas sem compartilhar, ao menos necessariamente, o modelo de sociedade configurado por esta. Busca nada mais que uma explicação científica aos processos de criminalização, às carreiras criminosas e ao desvio secundário e adquire com o tempo o feitiço de um modelo teórico explicativo do comportamento criminal.

Assim, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como criminosas. Crime e reação social são conceitos interdependentes, recíprocos, inseparáveis. A infração não é uma qualidade intrínseca da conduta, mas uma qualidade atribuída à mesma através de complexos processos de interação social. Processos altamente seletivos e discriminatórios. O *labelling approach*, conseqüentemente, supera o paradigma tradicional, redefinindo a própria criminalidade. Esta não é um objeto físico, porém o resultado de um processo social de interação. Não lhe interessa as causas de desvio, mas sim os processos de criminalização, afirmando que é o controle social o grande formador da criminalidade. Por ele, o interesse da investigação se desloca do infrator e seu meio para aqueles que têm o estereótipo de infrator, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e funcionamento do

symbolische Interaktionismus gilt als substantielle soziologische Theorie des Labeling Approach. Cf. DEML, Sonja. *Der "Labeling Approach"*: Howard S. Becker, Siegfried Lamnek und Fritz Sack. Regensburg: Grin, 2001, p.5.

⁶⁵ A teoria do *labelling approach* se insere no contexto das teorias do processo social, ao lado das teorias de aprendizagem social e de controle social. Para este grupo de teorias psicossociológicas "o crime é uma função das interações psicossociais do sujeito e dos diversos processos da sociedade.

controle social ou a origem da norma e não as carências do sujeito. Este não é senão a vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do paradigma do controle.

Quando se fala de delito e delinquentes como consequência de um processo incriminatório conduzido pelos poderes dominantes, vislumbra-se, de forma quase exclusiva, que este é projetado sobre as classes sociais desfavorecidas. Aos marginalizados impõe-se, por interesses meramente econômicos, o rótulo de delinquentes por força de critérios criminalizantes impostos, unilateralmente, pelos que exercem a capacidade de decisão. Isto tudo porque estes marginalizados não se submetem ao poder estabelecido, à sua cultura, ou aos seus interesses.

Assim, posto o *labeling approach* aponta seu interesse no elemento definidor do desvio e da criminalidade, destacando que quem condena não constata o delito, senão quem o produz. O delito não é uma qualidade de uma conduta, mas sim o resultado de uma definição através das instâncias de controle social. E esta definição recai de modo desigual em prejuízo dos extratos sociais mais baixos. As infrações penais se dão por igual em todas as classes sociais e a possibilidade de escapar a uma definição jurídico-penal cresce à medida que se sobe na hierarquia social: são os poderosos que se inserem no âmbito da cifra negra⁶⁶. O *labeling approach* não condiciona a definição do delito a partir da reprovação a uma conduta, mas é a conclusão de um processo de estigmatização e/ou exclusão, cujo rótulo é conferido pelo aparato estatal de repressão: polícia, justiça criminal, Ministério Público com a finalidade de exercer controle social.

Há estudiosos que conferem a atribuição de rotular não somente aos agentes estatais, mas também a outros agentes sociais. Para exemplificar, a *interação simbólica* que há na família, na escola, nas relações humanas do cotidiano, quando um filho considerado rebelde ou ovelha negra ou quando um aluno é demasiadamente repreendido por seu professor, principia um processo de rotulação tendo como marca deficiências ou decepções diante dos grupos de convívio. Desta feita, o rótulo passa a fazer parte da vida do sujeito que em razão do estigma passa a sofrer o controle social mais cerrado.⁶⁷

Importa destacar que para a exata compreensão da criminalidade é relevante o estudo da ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pela legislação penal até a ação das instâncias oficiais: polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam.

⁶⁶ A “cifra negra” poderia ser conceituada como “um campo obscuro da delinquência”, consistindo na “existência de um bom número de infrações penais, variável segundo a sua natureza, que não seria conhecido ‘oficialmente’, nem detectado pelo sistema e, portanto, tampouco perseguido”.

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 101-102.

Assim, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como delinquente. Nesse sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações do Estado, considerada na sua função institucional em face da criminalidade. É imprescindível, que o estudo da criminalidade parta do estudo do sistema penal. Este define o que seja a criminalidade e as maneiras de combatê-la, seja por meio da produção normativa chegando às ações da polícia, da Justiça Criminal ou das instituições carcerárias. Aliás, a ação destes organismos determina, substancialmente, a qualificação, a atribuição da condição de delinquente. No entanto, outro sujeito, autor de injusto penal idêntico, mas que não sofre a ação das instâncias oficiais, não recebe o estigma da delinquência perante a sociedade.

Neste sentido, o *labeling approach* aborda as ações estatais, voltadas ao controle social e sua contribuição na constituição da criminalidade e o seu efeito rotulador.⁶⁸ O *labeling approach* não aborda a criminalidade de uma forma estática, ou seja, separando o que seja desvio e o que seja considerado aceitável. A abordagem se dá de forma dinâmica, mutável, privilegiando o processo de interação social do comportamento desviante. Em linhas gerais, cada sujeito é aquilo que os outros assim o definem. Logo, a prisão tem papel preponderante na reprodução dessa lógica. O rotulado como criminoso assume esta qualidade, comportando-se como tal. Esta, portanto, é a lógica da produção e da reprodução da delinquência.⁶⁹ Nesse complexo processo de seleção de comportamentos criminosos, destaca-se o processo de atribuição do rótulo de criminosos. Portanto, a criminalidade somente se desenvolve através da efetiva ação das instâncias de controle social que definirá qual comportamento normativamente desviante é considerado um comportamento criminoso.⁷⁰

Assim, o *labeling approach* não pode ser resumido à mera definição diante da sua amplitude nas questões sociais relevantes e complexas. Destaca-se também toda a construção histórica da sociedade que, ao longo dos tempos, sobressaiu-se pela desigualdade, a econômica. O retrato desta sociedade, que privilegia conceitos estritamente econômicos, é historicamente conhecido e combatido. Além disso, a rotulação sofre sensível influência das ações do Estado seja na definição ou no combate de condutas criminalizantes.

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 86.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 60.

⁷⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56.

2.3.2 O retrato da realidade social sob a perspectiva penal

Toda a conjuntura social vivida, notadamente no mundo ocidental, coloca a luta de classes com relevante objeto de estudo das ciências sociais, aí se incluindo o Direito, não somente no campo retórico, nas discussões em arenas e aos discursos de promoção de igualdade verdadeiramente material. Esta luta é importante e expressiva, pois fomenta uma segregação de fundo econômico, consubstanciada na posse de bens de capital e imposição de jornadas exaustivas e degradantes às classes proletárias. Ademais, toda esta conjugação de relações conflituosas é mantida pelo ente que deveria ser o grande promotor de políticas e iniciativas voltadas para a diminuição, para não dizer solução, das grandes desigualdades – o Estado. Parece haver uma guerra declarada; com inimigo, motivação, território e tudo aquilo que caracteriza um estado de beligerância. Para manter o *status quo*, caracterizado por uma severa estratificação social, o Estado utiliza a violência, sempre de modo a favorecer os detentores do poder econômico em detrimento das classes proletárias.

Percebe-se que não se está procurando estudar a criminalidade através da figura do criminoso, como um ser nocivo, contaminado do ponto de vista social, mas as estruturas que servem de ambiente para aqueles chamados delinquentes. A complexidade da sociedade e as relações que se apresentam, sejam de cunho econômico, psicossocial ou cultural, faz com que as estruturas sociais sejam abordadas de maneira particular no estudo da criminologia.

A violência no Brasil começa com a colonização, com a opressão e a escravidão de negros e indígenas. A exploração tem início com os portugueses, chegando até à atualidade com a inclusão do Brasil no grupo dos emergentes. O analfabetismo, o desemprego, a miserabilidade são incontestavelmente uma realidade, fatores preponderantes na escalada de violência no país. As diferenças entre ricos e pobres, como abordado por Marx, é causa dessas lutas. No Brasil, estes problemas são claros, perceptíveis, porém tratados com a frieza dos números, fruto da busca incansável de um eficientismo que relega a segundo plano a real situação das periferias e dos marginalizados. Uma visão que deveria ter contornos políticos e sociais tem traços economicistas, o que reflete o predomínio do liberalismo, dominante hoje no mundo.⁷¹

Deste modo, fica caracterizado um grande abismo, que gera lutas e conflitos e impõe a todos um importante questionamento: Como exercer uma espécie de controle frente a toda

⁷¹ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Colaboradores André Grillo... [et al.]. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 16.

esta conjuntura conflituosa? Como a elite controlará os impulsos de uma massa de marginalizados? O Estado, por meio das suas agências⁷², exercerá este controle através do Direito Penal, da administração da Justiça criminal e da condução de políticas voltadas para aparente prevenção, pois o sistema de justiça criminal não contribui para promover a dignidade do sujeito apenado, mas o denigre e o rebaixa. A Criminologia radical, abordada por Juarez Cirino dos Santos, busca uma reflexão acerca deste objeto sob uma perspectiva marxista, que não se pode afirmar estar totalmente superada. A criminologia radical tem como objeto geral as relações sociais de produção e de controle presentes na formação da sociedade. Deste modo, no desenvolvimento da história da sociedade, da conjugação dessas relações com os mecanismos de controle nasce e se cultiva o objeto específico da criminologia radical: o crime e o seu controle. As relações de produção servem de base para orientar o estudo das relações entre as classes sociais, ou seja, entre burguesia e proletários, notadamente nos processos de produção. Ademais, as diferentes classes sociais não se relacionam nos processos de produção capitalista para a produção de bens e serviços, aceitos facilmente no mercado, mas para a obtenção da mais valia, considerado um excedente que é apropriado pela burguesia. A parcela não é repassada ao proletário no cômputo do seu salário. Desta maneira, institucionaliza-se a exploração da força de trabalho em favor dos detentores dos meios de produção.⁷³

Para a Criminologia Radical a solução do problema da criminalidade passa, necessariamente, por uma mudança do modelo econômico e da relação entre capital e trabalho; pela extinção da exploração econômica e da opressão das classes abastadas sobre as classes marginalizadas, com uma reforma socialista. Esta mudança importante, sob a ótica política, impede que a Criminologia Radical seja transformada em mero discurso moral ou em repressão pessoal voltada para a correção do sujeito autor do injusto. Segundo uma visão liberal, predominante nos dias atuais, as ações de combate à criminalidade são superficiais, mantendo o sistema de dominação.⁷⁴

Este modelo concebido pela Criminologia Radical leva em consideração não só um contraponto ao capitalismo, mas a verdadeira promoção de direitos fundamentais, alvo de luta constante de todas as pessoas. Assim, a conjuntura política favorece, sobremaneira, a manutenção de um elevado grau de estratificação social, constatável, inclusive fisicamente na medida em que os sujeitos mais marginalizados só encontram espaço nas periferias, nos

⁷² Polícia Judiciária, Polícia preventiva, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema prisional.

⁷³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 60.

⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 36.

lugares onde o Estado não atua e as classes mais abastadas encastelam-se em áreas nobres e valorizadas, nas quais asfalto e urbanismo moderno estão presentes.

A concepção do sistema de Justiça Criminal – fazendo-se referência ao discurso utópico – é de que se vive em situação de apogeu da igualdade; ou seja, de verdadeiro Estado de satisfação geral. Mas a realidade demonstra ideologia sectária, estigmatizante e extremamente perversa. Além disso, todo este sistema de controle social opera sob a lógica da racionalidade. Eduardo Balestena retrata com propriedade os aspectos que envolvem a racionalidade no sistema penal:

A racionalidade com que atua o sistema penal parece se referir a uma sociedade homogênea, mas na prática se testemunha que no sistema penal a punição é dirigida de forma não homogênea, mas para baixo, em uma sociedade onde a ordem – o justo - não parece possível, a sociedade se desintegrou fortemente sobre o qual se opera com um critério de igualdade que aparece como uma das produções da lógica do sistema antes que como uma realidade em si mesma.

O judicial não é um regulador objetivo do castigo, mas uma produção dinâmica destinada, desde a sua origem, a não poder ser regulada nem pelas leis, nem pela fantasia da racionalidade, nem por uma ciência privilegiada para solucionar seus conflitos. (tradução livre)⁷⁵

Percebe-se, claramente, sob a perspectiva neoliberal que todo o contexto que se apresenta é envolto por desigualdades e crises, uma vez que o sistema econômico é perverso e mantido por um Estado deficiente, diminuto. Envolto em crises, pois, a insustentabilidade desta realidade é notória. A força do Direito Penal e do sistema de Justiça Criminal tornam-se instrumentos legitimadores da desigualdade. O *labeling approach* é justamente a justificação da segregação: pobres são pobres e continuarão a ser pobres e sua existência constitui uma ameaça aos burgueses. Portanto, o destino do pobre é o cárcere.

A título de exemplificação, com base na política criminal voltada para o combate aos delitos previstos na lei de drogas, busca-se um caminho de descriminalização e não se enfrenta o problema na raiz. Não se perguntam as verdadeiras causas de tal situação. Usam-se os aparelhos de segurança pública e até de defesa para se combater o uso de entorpecentes. A

⁷⁵ La racionalidad con la que actúa el sistema penal parece referirse a una sociedad homogénea, pero si una cosa testimonia la práctica del sistema penal es que el castigo se dirige en un sentido no homogéneo sino descendente, en una sociedad donde el orden - justo - no parece posible, una sociedad fuertemente disgregada sobre la cual se opera con un criterio de igualdad que aparece como una de las producciones de la lógica del sistema antes como una realidad en sí misma. El judicial no es un regulador objetivo del castigo sino una producción más de una dinámica destinada, desde su origen, a no poder ser regulada ni por las leyes, ni por la fantasía de racionalidad, ni por una ciencia privilegiada que dirima sus conflictos. Cf. BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal – Visión interdisciplinaria del sistema punitivo*. Buenos Aires: Euros editores, 2006, p. 75.

militarização⁷⁶ mostra a ineficiência da política de prevenção e combate e a adoção de uma concepção de verdadeiro esforço de guerra. É importante destacar o que diz Salo de Carvalho acerca da concepção de uma estrutura militarizada do aparato de segurança pública:

A militarização da segurança pública para o controle do tráfico de entorpecentes se caracteriza pela transposição de concepções, valores e crenças da doutrina militar para as agências civis de controle do crime, “(...) *acarretando no seio da sociedade (a ideologia não atinge só as organizações policiais) a cristalização de uma concepção centrada na ideia de guerra (quando se tem um inimigo declarado ou potencial a ser destruído com a força ou neutralizado com a inteligência militar). Daí a concepção maniqueísta – os ‘bons’ contra os ‘perigosos’ da sociedade – refletida nas práticas do sistema policial-judicial (...)*”⁷⁷

Diante desta afirmação, a conclusão é a do insucesso desta política retrógrada⁷⁸, insensata e que despreza totalmente os direitos e garantias fundamentais. O Estado ocupa áreas carentes com forças militares, impondo um regime de verdadeira guerra civil diante da inexistência de presença e de consecução de políticas públicas.⁷⁹ Tamanho é o clima de beligerância que cerca de 90% dos processos por mortes ou lesões culposas terminam em arquivamento, sem uma acusação formal.⁸⁰

Tratando do problema do tráfico de drogas particularmente no Rio de Janeiro, Vera Malaguti Batista expõe um problema cuja consequência recai unicamente sobre os pobres e marginalizados/etiquetados. O combate não tem como alvo a burguesia abastada, beneficiada sob o ponto de vista econômico. Aliás, o problema das drogas deve ser lido sob uma visão econômica e ideológica. Além disso, a economia passou a atuar para além das fronteiras dos países e com uma nova divisão do trabalho, o que inova as formas de controle, seja nacional ou internacional. O Estado se utiliza do ordenamento jurídico para criminalizar e aplicar penas referentes a tráfico e uso de determinadas drogas. De modo mais detido toma-se o caso da cocaína, que é um entorpecente com alto grau de rentabilidade no mercado internacional. A sistemática neoliberal estimula de um lado a produção e o comércio desta droga; de outro

⁷⁶ Importa destacar que as Leis Complementares nº 97 e 117, preveem claramente o uso de forças federais nas chamadas operações de garantia da lei e da ordem, algo também estabelecido na chamada Estratégia Nacional de Defesa.

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 44.

⁷⁸ O autor fala, de forma específica, de uma política de combate ao tráfico de entorpecentes. No entanto, pode-se concluir que o insucesso é difuso em todas as ações de combate à criminalidade.

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 49.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 124.

lado reprime, utilizando-se das armas do Direito, caracterizando-se a contradição do sistema econômico.⁸¹

Diante de todas as abordagens expostas, é imperioso desenvolver e explorar os conceitos atinentes ao *labeling approach* a fim de se identificar a verdadeira realidade criminógena baseada no etiquetamento de sujeitos que não mais se identificam com o modelo lombrosiano, que define o delinquente com determinados traços morfológicos, influência notória do Darwinismo. O *labeling approach* busca no seio social, por meio do aparelho estatal, responder a todas as questões que envolvem a problemática do fenômeno do crime, como se seguirá abordando. Trata o crime como algo próprio do sujeito enquanto ente inserido na coletividade que assume tais características em razão de atributos que o destaquem no ambiente social. O *labeling approach* traz para o centro da discussão a pessoa humana e suas características como fenômeno intimamente ligado à criminalidade.

2.4 O cárcere, o inimigo e o processo de etiquetamento

O cárcere não pode ser considerado o fim do processo de persecução criminal, mas o meio do caminho, pois a volta do rotulado para o convívio social também deve ser considerada. Nunca é demais lembrar que o contexto econômico circunda todo o enredo social para definição do rotulado, sua estigmatização como inimigo, assim como o seu encarceramento. Michel Foucault aborda com propriedade os processos de exclusão, cujo início se dá na família, com a reprimenda de temas considerados problemáticos como a sexualidade, por exemplo. Na nossa sociedade são conhecidos procedimentos de exclusão, que tem a *interdição* o mais conhecido. O homem não tem liberdade para falar, dizer o que julga conveniente, no local que considera apropriado. Formam-se, assim os tabus, o ritual da circunstância ou a exclusividade da fala de um sujeito que tem autoridade para abordar certo assunto. Estes três modelos de interdição concretizam uma rede complexa que a cada momento se aperfeiçoa. Esta rede é mais forte quando se trata da sexualidade e da política.⁸² A abordagem do cárcere e dos processos de expiação e suplício não foge desse processo de exclusão.

Outra forma de exclusão também tratada por Foucault é a rejeição ou separação, que coloca em polos distintos entes antagônicos, tais como a razão e a loucura. Já na Idade Média,

⁸¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*- drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 81-82.

⁸² FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed. São Paulo: Loyola, 2011, p. 9.

o louco apresentava um discurso sem credibilidade. Sua palavra era nula, sem importância, o que levava à impossibilidade de testemunhar em juízo, celebrar negócios jurídicos, bem como de comungar nas missas.⁸³

Através de artifícios seletivos, próprios do exercício da exclusão, busca-se a verdade.⁸⁴ A literatura buscava a verdade no verossímil, na sinceridade, utilizando-se, inclusive, das ciências na busca de um discurso considerado verdadeiro. Também a economia procura justificar seus preceitos através da racionalização e se justifica a partir da teoria da riqueza e da produção. O sistema penal buscou sua justificação na teoria do direito e depois, já no século XIX, na sociologia, na psicologia e, também na medicina. Na sociedade a lei para ser cumprida deve ser considerada um discurso de verdade.⁸⁵

A construção da verdade sempre foi um objetivo do Direito e mais particularmente do Direito Penal. Até o período medieval os litígios eram solucionados por meio de um sistema de provas. A partir deste momento, nasce uma espécie de inquérito, que influenciará a cultura europeia da época. O inquérito não é um conteúdo, mas a forma de saber que consiste no exercício de poder em relação a certos conhecimentos.⁸⁶ Portanto, no sistema de justiça criminal não se procura a verdade de fatos considerados puníveis, mas busca-se o exercício de poder para a prevalência de uma lógica, que pode ser econômica, política ou social, para exercer um controle eficaz por meio do Direito Penal.

Ao discorrer sobre o etiquetamento, destaca-se que a humanidade caminhou por trilhas cujo destino era necessariamente a exclusão e a marginalização de determinadas pessoas, pelo fator concernente à classe social a qual pertence cada sujeito. O indivíduo é visto na sua subjetividade pelas suas posses. A igualdade e a universalização da dignidade humana estão longe de serem alcançadas. Pode-se perceber, assim, a realidade heterogênea do ponto de vista das qualidades e características das classes sociais e que o cárcere exerce função importante na manutenção deste estado caótico da sociedade.

O cárcere exerce função simbólica significativa no sentido de impor um estado de subjugação do sujeito perante o poder do Estado, configurando importante instrumento de projeção de poder.⁸⁷ O suplício corporal da Idade Média é substituído pela privação de

⁸³ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed. São Paulo: Loyola, 2011, p. 10-11.

⁸⁴ Aliás, Foucault usa a expressão *vontade de verdade*.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed. São Paulo: Loyola, 2011, p. 18-19.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 77.

⁸⁷ Foucault é, certamente, o estudioso que expressou com extrema realidade a situação das prisões ao longo da história humana. Expressou, sobremaneira, os métodos de projeção de poder estatal sobre os considerados

liberdade, o que demonstra a dominação do ser humano em suas necessidades básicas de subsistência, corroborando a lógica capitalista daquele momento histórico. No início do século XIX o espetáculo teatral das punições físicas, caracterizadas pelo excesso de dor e pelo suplício corporal, é substituído por um modelo mais sóbrio de apenamento. O desaparecimento dos suplícios se dá entre 1830 e 1848, mas isso não se deu de maneira uniforme em todo mundo.⁸⁸

A realidade das prisões demonstra verdadeiro estado de miserabilidade e de cultivo da indignidade, da promiscuidade e do descaso com a vida humana. A imposição de uma disciplina baseada num regime de clausura com a finalidade de formação de sujeitos dóceis é mero discurso aparente. Ademais, a pena criminal, representada em sentido maior pela privação de liberdade, demonstra o fracasso do Estado no intento de recuperação do condenado. Aliás, o que ocorre é justamente o contrário, a reincidência. As prisões sempre se caracterizaram por serem lugares insalubres e criminogênicos. Loïc Wacquant de forma coerente discorre acerca da situação do sistema penitenciário brasileiro⁸⁹:

O sistema penitenciário brasileiro acumula, com efeito, as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, freqüentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico a tez amarelada, o que lhes vale o apelido de “amarelos”); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências de supervisão.⁹⁰

delinquentes. Para Foucault, o corpo do condenado é algo material, a ser disciplinado, forjado de acordo com as necessidades de um sistema que visa tão somente a manutenção de uma estrutura que beneficie uma classe dominante. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 13-20. Aliás, esta temática é antiga que já fora abordada por Beccaria: “[...] numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade” Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriero Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 15.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 16-17.

⁸⁹ No Brasil, como se constata nos escrito de Cristina Rauter, há um apego exacerbado, ainda nos dias atuais, a um modelo criminológico de cunho positivista, muito próximo à concepção de Lombroso e Ferri que se apropria da psiquiatria para a explicação do crime como fenômeno. Cf. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

⁹⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 11.

O pan-optismo, a célula e a vigilância ainda são preocupações presentes no Direito Penal brasileiro. A precariedade das prisões já é antiga. No século XIX, os cárceres já eram desprovidos de qualquer dignidade humana. Não havia e ainda não há desenvolvimento de uma política penitenciária, pois o investimento em política penitenciária sempre foi baixo.⁹¹

O cárcere, além do simbolismo que o envolve, tem uma função muito propícia, vista sob uma perspectiva econômica. Nunca é demais lembrar que as desigualdades sociais contribuem, sensivelmente para a consolidação do caos da criminalidade. Os ricos aumentando suas fortunas e os pobres e marginalizados sendo abandonados. A prisão ganha função extremamente importante na manutenção desta conjuntura sectária e discriminatória. A disciplina imposta aos detentos reclusos se funda no objetivo de formação de força de trabalho que subsidiará este sistema nefasto de acumulação de riquezas. Ao longo da história, o cárcere passou a ter uma finalidade produtiva, atípica até certo ponto. O criminoso era transformado em proletário. Mas a produção de que se trata não é de mercadorias, mas de sujeitos disciplinados. Eis a invenção penitenciária: a máquina capaz de transformar o criminoso violento em um sujeito disciplinado, mecânico, observando-se com atenção o comportamento desviante. Enfim, o cárcere direciona-se à formação de sujeitos vocacionados à disciplina das indústrias. Não se trata de uma observação de cunho apenas ideológico, mas também atipicamente econômica. É a transformação de presos em operários.⁹²

Dentro de uma visão pragmática, Foucault descreve o *panóptico* concebido por Bentham – o ícone do utilitarismo. O controle, a vigilância do sujeito apenado revela antes de tudo uma subjugação, uma relação de poder, domínio do forte sobre o fraco; do senhor sobre o escravo. Consoante toda a estrutura arquitetônica idealizada pelo utilitarista, a administração do *panóptico* pela rigidez da disciplina também demonstra estas relações de poder. O *panóptico* se constitui em anel como periferia e uma torre no centro com janelas expressivas voltadas para a parte interna do anel periférico. A construção periférica se caracteriza por celas com duas janelas: uma voltada para a torre central e outra para o exterior para entrada de luz. Um homem na torre é suficiente para manter a vigilância e trancar as celas do sujeito considerado desviado. Desta forma, o *panóptico* tem como efeito induzir no encarcerado uma sensação de permanente vigilância, assim como seus efeitos, mesmo que o ato de vigiar seja

⁹¹ MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 351.

⁹² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 211.

descontínuo. Toda a estrutura é voltada para o exercício de poder, não se levando em conta quem o exerce.⁹³

Desta forma, o papel desenvolvido pelo cárcere, como instituição, na atual realidade social é relevante no desenvolvimento de um processo de dominação e de controle social, baseado no argumento de controle da criminalidade. Tem-se a impressão de que a política criminal é uma reação à evolução da criminalidade. A adoção, na atualidade, de novas maneiras e métodos de punir e castigar fundamenta-se no crescimento da criminalidade, fruto da liberalidade excessiva, e vice-versa, cuja diminuição passa, necessariamente, pelo endurecimento das penas.⁹⁴

Neste rumo, a criação de um ambiente criminógeno, caracterizado pela exclusão e pela mitigação de direitos, propicia a formação de um ambiente em que o encarcerado é encarado como inimigo, uma vez que seu comportamento delituoso vai de encontro com aquilo que se espera do comportamento de um sujeito considerado normal. O inimigo é caracterizado pelo fato de ser submetido às práticas corretivas do sistema de Justiça Criminal. Além disso, o inimigo é fruto da seletividade social proporcionada pelo Direito Penal. Acresça-se que há o elemento econômico que influi na caracterização do inimigo no Direito Penal. Mas, esta ideia do inimigo é antiga. Aristóteles, Platão, na antiguidade, já tratavam da figura do inimigo, bem como outros autores ao longo da história. Os professores portugueses Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade assim lecionam:

A começar por PLATÃO, que viu o crime como sintoma duma doença cuja causa seria tríplice: as paixões (inveja, ciúme, ambição, cólera), a procura do prazer e a ignorância. Em conformidade, encarava a pena como remédio destinado a libertar o delinquente do mal que poderia chegar à sua eliminação se aquele se mostrasse refractário ao tratamento – como acentua em *As Leis*. Por seu turno, ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*) considerava o criminoso um inimigo da sociedade, que deveria ser castigado “tal qual se bate num animal bruto preso ao jugo”. A par disto, atribuída (na *Política*) grande relevo à miséria como causa do crime e factor de revolta. Também S. TOMÁS, de resto, imputaria à miséria a causa do crime, enquanto MORUS (*Utopia*) considerava o crime como reflexo da própria sociedade. Refira-se, por último, o nome de B. DELLA PORTE, considerado o fundador da “fisiognomia” e autor dum livro justamente intitulado *A Fisionomia Humana* (1536), no qual – a partir da observação e estudo dos cadáveres de vários criminosos – concluiu pela existência de conexões entre as formas do rosto e o crime, assim abrindo a porta às teorias “craneoscópicas” ou “frenológicas” que mais tarde seriam defendidas.⁹⁵

⁹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 165-166.

⁹⁴ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 265.

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 7.

A ideia de caracterização e definição do inimigo perdura ao longo do tempo. Na atualidade, com o advento do Estado Democrático de Direito, não basta privação de bens materiais para o inimigo.⁹⁶ É preciso mais! É necessário retirar do sujeito também o seu direito de cidadão, de poder influir na vida de sua comunidade e tudo que lhe confere dignidade. Assim, o inimigo é o fruto produzido pela conjugação da sociedade desigual com o refinamento através do sistema de Justiça Criminal anacrônico, de visão absolutista. A lógica do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe tira a condição de pessoa. Ele é considerado um ente perigoso, maléfico ou daninho. Quando se propõe uma distinção entre cidadãos/pessoas e inimigos/não pessoas, faz-se referência a seres humanos que são privados de seus direitos individuais, que, por isso, deixaram de ser consideradas pessoas. Eis a primeira incompatibilidade entre a hostilização pelo direito e o princípio do Estado de Direito.⁹⁷ Em síntese, a principal força argumentativa da criminologia crítica é a luta entre as classes proporcionada pelo abismo existente entre capital e trabalho assalariado.⁹⁸ A exploração do proletário pelo patrão e a cobiça pela mais-valia são as sementes a gerar uma sociedade em clima de guerra. Há alguns anos já se declarava guerra às

⁹⁶ Sob o prisma processual, o Direito Penal do Inimigo é discorrido pelo jurista alemão Günter Jakobs, destacando, principalmente, a necessidade de prisão cautelar: “[...] do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física”. Isso, não porque o imputado deve assistir ao processo – também participa do processo como *pessoa* imputada, e por convicção –, mas porque é obrigado a isso mediante encarceramento. Esta coação não se dirige contra a pessoa *em Direito* – este nem oculta provas nem foge –, mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo. Cf. JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

⁹⁸ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “A criminologia radical define as estatísticas criminais como produtos da luta de classes, nas sociedades capitalistas: a) os crimes da classe trabalhadora desorganizada (...), integrantes da “criminalidade de rua” (de natureza essencialmente econômica e violenta) são super - representados nas estatísticas criminais porque apresentam (em um primeiro nível de análise) os seguintes caracteres: constituem uma ameaça generalizada ao conjunto da população, são produzidos pelas camadas mais vulneráveis da sociedade e apresentam a maior transparência ou visibilidade, com repercussões e consequências mais poderosas na imprensa, na ação da polícia, do judiciário etc.; b) os crimes da classe trabalhadora organizada, integrada no mercado de trabalho (a chamada criminalidade de fábrica, como apropriações indébitas, furtos, danos etc.), não aparecem nas estatísticas criminais pelas obstruções dos processos criminais sobre os processos produtivos; c) a criminalidade da pequena burguesia (profissionais, burocratas, administradores etc.), geralmente danosa ao conjunto da sociedade (a dimensão inferior da criminalidade de “colarinho branco”), raramente aparece nas estatísticas criminais, e a grande criminalidade das classes dominantes (as burguesias financeira, industrial e comercial), definida como “abuso de poder” (econômico e político), a típica criminalidade de “colarinho branco” (especialmente das corporações transnacionais), produtora do mais intenso dano à vida e à saúde da coletividade, e ao patrimônio social e estatal, está excluída das estatísticas criminais: a origem estrutural dessa criminalidade (modo de produção capitalista) e a posição de classe dos autores (poder econômico e político), explicam essa exclusão.” Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: IPCP; Lumen Juris, 2006, p. 13-14.

drogas. Também se bradou que era hora de passar do estudo da criminalidade à luta contra os criminosos. Compreender menos e punir mais.⁹⁹

Pode-se perceber, pelos argumentos ora expostos, que o inimigo está bem definido e caracterizado. O universo onde a delinquência se notabiliza está definido. Enfim, todo o processo de rotulação já está devidamente mapeado: Quem são, como são e por que são rotulados. No *labeling approach* consubstancia-se todo o arcabouço teórico que fundamenta o etiquetamento, a rotulação dos inimigos da sociedade do bem. O *labeling approach* abandona critérios subjetivos para definição do etiquetado e se utiliza de balizas sociológicas. Modelado pelo interacionismo simbólico, o *labelling* parte dos conceitos de conduta desviada e reação social, como termos reciprocamente interdependentes, para formular a tese de que o desvio e a criminalidade não são qualidades próprias da conduta, mas uma etiqueta atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.¹⁰⁰

O italiano Alessandro Baratta, em sua *Criminologia crítica*, aprofundou as questões relativas a definir os rotulados não vendo o *labeling*¹⁰¹ como algo ontológico, mas verdadeira realidade social legitimada por perverso sistema de Justiça Criminal, que em uma sociedade desigual garante a desigualdade. Eis como discorre o mestre italiano:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” A pergunta relativa à natureza do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviante, orientou a pesquisa dos teóricos do *labeling approach* em duas direções: uma direção conduziu ao estudo da “identidade” desviante, e do que se define como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso” (ou também de “doente mental”) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para

⁹⁹ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 58.

¹⁰⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 40-41.

¹⁰¹ Alessandro Baratta para desenvolver a ideia do *labeling* menciona o conceito de interacionismo simbólico como sendo “paradigma epistemológico” das teorias do *labeling approach*. Segundo o interacionismo simbólico, a realidade social constitui-se um complexo de interações concretas entre indivíduos, os quais, através de um processo de tipificação, recebem um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Baratta destaca ainda que, conforme o interacionismo simbólico, a coordenação dos comportamentos relativos às normas deve ser considerada uma operação problemática, vez que não ocorre de maneira automática, mas dependendo de determinadas condições.

o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social.¹⁰²

Por meio dos conceitos já expostos, verifica-se, sob uma perspectiva sociológica, a real função do Direito Penal como meio de controle social por parte de uma classe dominante, detentora dos meios de capital, sobre uma classe de marginalizados, privada de direitos de toda ordem. O abismo existente na sociedade fica notório por meio da estratificação das classes, algo legitimado pelo Estado que se utiliza o Direito Penal como instrumento de controle social, de pacificação e de promoção de estabilidade. Prega-se a solução dos problemas sociais por meio de medidas de endurecimento das punições e de tolhimento de direitos, o que é absolutamente inócuo e despropositado. O Estado administra a violência, e a administra tragicamente. A violência está a serviço da manutenção de uma estrutura social que sustenta um regime de dominação de ricos sobre pobres. As populações problemáticas são controladas cada vez menos pelos instrumentos de regulação social da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos de repressão penal do desvio. Deriva daí aquela transição do Estado social ao Estado penal como uma estratégia de criminalização da miséria funcional pela imposição de uma política salarial precária que se desenvolve juntamente com a reformulação dos programas no sentido punitivo.¹⁰³

Diante do histórico de violência, opressão, segregação e escravidão, chegando à classificação de país emergente, o Brasil não apresenta respostas satisfatórias para o combate de males enraizados na realidade nacional. Aliás, todos esses fatores contribuem para a escalada de violência no país. Mais uma vez é oportuno citar o professor Juarez Cirino dos Santos ao distinguir a violência *institucional* da violência chamada *estrutural*:

A violência produzida pelo modo de produção pode ser estudada em duas categorias principais: a *violência estrutural* ligada às relações de produção nos processos de trabalho, em todos os setores da atividade humana, e a *violência institucional* ligada ao conteúdo e atuação ou funcionamento diferencial das superestruturas do poder político e jurídico do Estado, implementadas pelos vários aparelhos ou órgãos incumbidos da aplicação da política social, como a burocracia do executivo e seus órgãos de repressão (forças armadas, polícia e prisão), o poder judiciário e o poder legislativo, as formas superestruturais de existência do poder do Estado burguês.¹⁰⁴

¹⁰² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 88-89.

¹⁰³ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada pelo sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 96.

¹⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 85.

Não há uma preocupação com esta estratificação social. Pertencer a uma determinada classe social é irrelevante. Particularmente no Brasil criou-se um mito de que o sujeito traz como herança o fato de pertencer a uma determinada classe, o que legitima o Direito Penal como grande instrumento de controle social. Historicamente a desigualdade foi algo necessário para a manutenção de um sistema econômico baseado na espoliação. No caso brasileiro, a justificação da desigualdade por se pertencer a uma classe esquecida é potencializada por um elo com o chamado mito da brasilidade, que tem a ver tanto com a construção de uma ficção de homogeneidade e de unidade entre brasileiros tão desiguais quanto com a repulsa ao conflito. É verdade que todo mito nacional tem a ver com reforço de uma unidade real ou imaginária como forma de criar um sentimento de solidariedade do tipo “estamos todos no mesmo barco”. Mas esse sentimento de pertencimento comunitário não precisa demonizar o conflito.¹⁰⁵

Esta utopia esconde as características do verdadeiro inimigo, no caso brasileiro. O discurso de uma sociedade onde impera a concórdia e a irmandade esconde diferenças gritantes entre os bairros nobres, com ruas asfaltadas, e as periferias, onde a atuação da repressão é policial é uma constante. Por que a atuação policial se dá com maior frequência nas periferias pobres? Não seria porque o inimigo mora lá? O etiquetamento parte do pressuposto de que o rotulado deve satisfazer certas condições extrapenais para determinação do criminoso como: classe social a que pertence, poder de queixa, o comportamento social de suspeitos do fato, as vítimas e as regras informais de ação do pessoal da persecução penal.¹⁰⁶

O Direito Penal no Brasil é, erroneamente, utilizado como instrumento de política pública. Além disso, esta política não tem como alvo de imputação aqueles que realmente cometem atos considerados ilícitos. Caso típico está relacionado aos crimes tributários cuja punibilidade extingue-se quando o autor satisfaz o crédito tributário devido. Assim, a norma não tem o condão de salvaguardar bem jurídico algum, mas simplesmente arrecadar. Tomemos o ensinamento de Marcelo Machado Bertoluzi:

Não pairam dúvidas acerca do objetivo que norteou os produtores da Lei nº 8.137/90. A Exposição de Motivos (EM) 88, de 28.03.90, a qual acompanhou o projeto que deu origem à Lei nº 8.137/90, de 27.12.90, deixa claro que o legislador brasileiro pretendeu implementar estratégias para reforçar o sistema de arrecadação tributária coibindo a sonegação e a evasão, por meio da utilização de sanções penais mais severas. Além deste objetivo, salta aos olhos o fortalecimento do instituto da

¹⁰⁵ SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Colaboradores André Grillo... [et al.]. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 47.

¹⁰⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 54.

extinção da punibilidade pelo pagamento espontâneo do tributo ou contribuição, anteriormente do recebimento da peça incoativa. É notório que o legislador não pretendeu tutelar abstratamente o valor “honestidade do contribuinte” ou, ainda, proteger o complexo de realização da “política financeira do Estado” informada pelo bem comum, mas, sim, acelerar o ingresso de recursos, como condição inclusive à extinção da punibilidade.¹⁰⁷

A sonegação de tributos é delito comumente cometido por sujeitos abastados, com condições financeiras confortáveis. A eles é dada a possibilidade de sonegar e não ter a persecução penal levada a termo, fruto da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito. Pode-se afirmar, ainda, que tal medida viola a Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica - à medida que o tipo penal se presta a ser um instrumento de cobrança de uma dívida tributária civil com a prisão como meio de coerção.¹⁰⁸

Ademais, o comportamento é definido como aspecto importante para caracterizar o *labeling*, conjugado com a tipificação que a norma penal estabelece para que o sistema de Justiça Criminal faça a imputação de uma sanção. O sociólogo americano Howard Becker bem tratou deste aspecto:

Em todos os grupos sociais, regras de comportamento específicas são criadas. Os grupos procuram impor regras em certos momentos e determinadas circunstâncias. As regras sociais são usadas para se definir situações como certo ou errado. Se uma regra for aplicada, pode uma pessoa que está sob suspeita de ter violado isso, ser considerado como um tipo especial de homem, como uma pessoa que não garante que elas vivem pelas regras, para que o grupo concordou. É considerado um estranho. (tradução livre)¹⁰⁹

A conjuntura da globalização não deixou de lado as práticas próprias do capitalismo selvagem, que busca o lucro acima de tudo e escraviza os pobres – força motriz dos bens de capital. Naturalmente, esta situação de submissão gera brutal estratificação das classes, ficando uma divisão notória entre ricos e pobres. Os ricos exercendo influência pelo domínio do capital sobre as diretrizes do destino da sociedade e os miseráveis, dominados e privados de todos os direitos e da própria cidadania. O Direito Penal, neste ambiente extremamente

¹⁰⁷ BERTOLUCI, Marcelo Machado. A incompatibilidade entre a criminalização do inadimplente de tributos e o direito penal garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 119-150, p. 130.

¹⁰⁸ Assim trata o artigo 7, inciso 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

¹⁰⁹ In allen gesellschaftlichen Gruppen werden bestimmte Verhaltensregel aufgestellt. Die Gruppen versuchen, diese Regeln zu bestimmten Zeiten und unter gewissen Umständen durchzusetzen. Die gesellschaftlichen Regeln dienen dazu, Handlungen in Situationen als richtig oder als falsch zu definieren. Wenn eine Regel durchgesetzt ist, kann ein Mensch, der in dem Verdacht steht, sie verletzt zu haben, als besondere Art Mensch angesehen werden, als eine Person, die keine Gewähr dafür bietet, daß sie nach den Regeln lebt, auf die sich die Gruppe geeinigt hat. Sie wird als Außenseiter angesehen. Cf. DEML, Sonja. *Der “Labeling Approach”*: Howard S. Becker, Siegfried Lamnek und Fritz Sack. Regensburg: Grin, 2001, p. 7-8.

polarizado, funciona como instrumento garantidor dos benefícios para uns e dos suplícios do rótulo e do cárcere para outros, ou seja, o instrumento mais cruel de controle social.¹¹⁰

De forma recorrente, ouve-se o discurso legitimador do Direito Penal como a grande solução para os problemas da sociedade atual, cujo foco central está na criminalidade. Evidentemente este discurso não se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito, que procura uma postura garantista, voltada para a concretização de direitos fundamentais. O conceito de cidadania é apequenado, ridicularizado, como sendo unicamente o direito de representação política, ou seja, a titularidade de direitos eleitorais e de exercer cargos públicos.¹¹¹ O conceito de cidadania vai mais além do mero exercício do direito de voto. Passa, necessariamente, pelo reconhecimento de igualdade e liberdade como sementes essenciais para a concretização de todos os demais direitos fundamentais. Cidadania constitui-se a dimensão de participação e inclusão na responsabilidade pela vida social e política - espaço público local, regional, nacional, global. Assim, por meio das reivindicações, do exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades manifesta-se o processo histórico de luta pela emancipação humana.¹¹²

Neste contexto de reconstrução do conceito de cidadania, os excluídos recebem a etiqueta de inimigos que merecem o tratamento próprio do Direito Penal – o encarceramento. Vive-se, portanto, com base no paradigma Estado Democrático de Direito, um importante paradoxo que de um lado reconhece o outro como diferente e possuidor de direitos, mas de outro o retira e exclui.

¹¹⁰ Com efeito, existem os *homem de bem* e os *homens maus*, sendo os primeiros os artífices dos sadios valores e da boa vida que os segundos, em alarmente expansão, estariam impedindo de viver. A função declarada do sistema penal seria a de controlar a totalidade das condutas dos *homens maus* (a criminalidade) para garantir a boa vida dos homens bons (a cidadania). Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 20.

¹¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 66.

¹¹² *Ibidem*, p. 77.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A leitura da temática dos direitos fundamentais passa, obrigatoriamente, pela abordagem de uma perspectiva histórica, já que a sua conquista ocorre em um cenário de lutas constantes. No entanto, como já abordado em passagem anterior, a humanidade, a partir do final do século XV, vê o início da modernidade, que se caracteriza por uma necessidade de padronização, uniformização e normatização. Como já abordado, a cultura europeia, carregada de hegemonia, procura estabelecer padrões comportamentais, utiliza a religião e os instrumentos coercitivos de imposição de dogmas, além da busca reiterada pela escolha do que se considera melhor, ainda exerce forte influência no estabelecimento e definição dos direitos fundamentais. A exclusão ainda inviabiliza a formulação de uma concepção universal de direitos fundamentais. Aliás, os últimos quinhentos anos de história foram marcados pelo sufocamento da minoria e imposição de uma cultura hegemônica que viabilizou o direito e o estado moderno e possibilitou o extermínio de grupos minoritários.¹¹³

Todavia, o ambiente de crise, característico no período entre as duas grandes guerras é fator desencadeador das práticas discriminatórias, já que a ideia de segregação e de discriminação está por trás desta realidade. É evidente que há influência da busca de padronização e diversidade de maneiras de percepção das pessoas, notadamente nos momentos de crise.¹¹⁴ Ao tratar do antissemitismo, Hannah Arendt a classifica como ideologia política ampliada no século XX na Europa e ganha força quando ocorre o crescimento de movimentos de massa e partidos extremistas. Celso Lafer expõe o pensamento de Hannah Arendt sobre o antissemitismo tradicional:

Diferencia-se do antissemitismo tradicional, caracterizado pelo padrão de tolerância e exclusão no âmbito do qual os judeus estavam *in civitate*, mas não pertenciam a *civitas*, pois não eram de *civitate*. É fruto das tensões que surgiram na Europa, a partir da Revolução Francesa, com a expansão da igualdade e a extensão da cidadania. Esta alcançou os judeus, que ingressavam na *civitas*. Neste processo, os judeus, porque estavam vinculados ao fortalecimento do Estado e menos enraizados na sociedade civil – na nação – absorveram e catalisaram as frustrações da sociedade civil. Com o imperialismo, o antissemitismo no âmbito do estado-nação se expandiu nos movimentos pan germânicos e pan eslavos. Estes movimentos, caracterizados por um nacionalismo tribal, alimentado por uma atmosfera de desenraizamento generalizado, afirmavam que os povos que representavam estavam cercados de um “mundo de inimigos”.¹¹⁵

¹¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Pluralismo epistemológico e modernidade. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito à diversidade e estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 122.

¹¹⁴ Ibidem, p. 128-129.

¹¹⁵ LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 133-134.

Na atualidade, a cultura ocidental é definida como a da liberdade e da democracia. Os efeitos da globalização trazem a submissão, em certo sentido, dos Estados a organismos internacionais e a normas cosmopolitas. Costa Douzinas expõe os diferentes paradoxos entre a pregação libertária da cultura ocidental e as práticas de tortura recorrentes.

No segundo pós-guerra, o consenso ocidental era de que existiram certos atos de tortura e que as sociedades liberal-democráticas não toleram e seus governos não podem fazer. No Ocidente, a tortura foi declarada inaceitável e foi discutido como parte de uma história bárbara e por longo tempo. Tortura, foi-nos dito, ocorre “em outro lugar” só em lugares exóticos e do mal, nas ditaduras e regimes totalitários. Mas esse consenso já foi quebrado. Tortura se tornou um tema respeitável em conferências sobre ética e a discutida em jantares oferecidos. O que é particularmente preocupante é a maneira em que os advogados, como Alan Dershowitz e comentaristas liberais como Michael Ignatieff, entre muitos, são preparados para entrar no debate sobre a moralidade e legitimidade da tortura e para desenvolver planos detalhados sobre as formas de legalizá-la através de “tortura garantida”, “cláusulas de caducidade” e de supervisão judicial. (tradução livre)¹¹⁶

Fica evidente o retrocesso na condução paradoxal de uma pretensa promoção de direitos fundamentais. Utiliza-se a tortura para justificar um ideal libertário em pleno século XXI. Não se pode dizer que a modernidade está no fim. Certamente há reações às concepções da modernidade, mas ainda perdura uma tradição de exclusão e de antinomia: bom x mau; rico x pobre; escravo x livre; negro x branco; melhor x pior. Ademais o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito não rompeu com a lógica da modernidade, pois é uma das criações do próprio pensamento moderno. É dentro deste contexto que advém práticas que muitas vezes procuram justificar a violência em nome da liberdade e que exclui o diferente. Por isso o papel do Direito é relevante como instrumento contra majoritário a empreender iniciativas com intuito de abolir ou mesmo minimizar as consequências lesivas do pensamento moderno. Para isso as ações consubstanciam-se em políticas públicas, empreendidas por meio de programas governamentais ou mesmo intervenção do Poder Judiciário, tendo como objetivo adimplir uma dívida histórica com determinadas minorias através da promoção da igualdade em sentido material. A questão do racismo no Brasil, por

¹¹⁶ The post-Second World War Western consensus was that there are certain acts – torture prime among them – that liberal-democratic societies do not tolerate and their governments cannot do. In the West, torture was declared unacceptable and was discussed as part of a barbaric and long gone history. Torture, we were told, takes place ‘elsewhere’ only, in exotic and evil places, in dictatorships and totalitarian regimes. But this consensus has now broken down. Torture has become a respectable topic for conferences on practical ethics and the ‘ticking bomb’ hypothetical offers entertainment at dinner parties. What is particularly disturbing is the way in which lawyers, such as Alan Dershowitz, and liberal commentators, including the human rights warrior Michael Ignatieff among many, are prepared to enter into debate about the morality and legitimacy of torture and to develop detailed plans about ways of legalising it through ‘torture warrants’, ‘sunset clauses’ and judicial supervisory regimes. Cf. DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 5.

exemplo, seja durante o Império como após a abolição com vestígios até os dias atuais, impõe aos negros a condição de não serem considerados sujeitos de direito. Negada a sua existência, nega-se o seu direito enquanto tal, limitando o Direito a aspectos não ligados à violação da igualdade racial pelo racismo.¹¹⁷ Para tanto, conquistas historicamente importantes devem ser empreendidas como a adoção das políticas de cotas para ingresso em universidades e a preservação das tradições dos quilombolas.

Do ponto de vista teórico, três elementos devem ser tratados ao se falar de direitos fundamentais: Estado, sujeito e texto normativo regulador da relação entre Estado e sujeitos. O Estado se consubstancia num aparato de poder que por finalidade precípua efetiva o controle sobre determinado território. A pessoa reveste-se de importância uma vez que os direitos são conferidos ao grupo, à coletividade. Já o texto normativo regulador da relação entre Estado e pessoas se concretiza através das Constituições, que declara e garante os direitos fundamentais, possibilitando ao sujeito conhecer sua esfera de livre atuação e se contrapor ao poder estatal.¹¹⁸

3.1 O processo de construção dos direitos fundamentais

O ideário dos direitos fundamentais, direitos humanos sob uma perspectiva constitucional, está sempre em constante mutação. Concepções distintas se formaram ao longo dos tempos, de acordo com a melhor abordagem da época. Pode-se falar de direitos fundamentais sob uma ótica filosófica, que remonta aos grandes pensadores gregos da antiguidade. Aristóteles exprimia em seus ensinamentos acerca da igualdade. Para o filósofo grego a igualdade não é um bem a ser considerado da mesma forma a todas as pessoas. Pessoas diferentes não podem ter tratamentos iguais. Portanto, de igual maneira, os méritos de cada um devem ser considerados no momento do exercício da distribuição dos diferentes bens. Assim, os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza ou nobreza de nascimento e os partidários da aristocracia com a excelência.¹¹⁹

¹¹⁷ DUARTE, Rebeca Oliveira. “O grande atoleiro de carne”: mulheres, cervejas e Gilberto Freyre. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Justiça e direitos humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010, p. 28.

¹¹⁸ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25-26.

¹¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 108-109.

Já na Idade Média, a ideia dos gregos é mantida, com uma linguagem ligada à religião cristã, havendo um alinhamento dos pensamentos de Santo Agostinho e Platão, assim como de São Tomás de Aquino e Aristóteles.

Mas é no século XVIII que se inicia uma nova abordagem dos direitos fundamentais, principalmente em razão dos acontecimentos históricos que marcaram esta época. Pela primeira vez, fomentou-se um discurso que serviria de contraponto ao poder estatal, até então absoluto e incontestável. Fala-se em soberania popular, igualdade e liberdade. Em contrapartida, o poder econômico passa a ganhar importância com a ascensão de uma burguesia caracterizada por um incrível volume e extraordinária acumulação de capital e inicia-se um processo de transformação que leva a humanidade a caminhar para a atualidade. Todavia, a universalidade dessas conquistas ainda está longe de ser concretizada e merece uma reflexão urgente e crítica para a construção de um processo de amadurecimento social que se refletirá na consecução de políticas públicas realmente transformadoras. A humanidade não avança completamente, pois está em constante processo de avanços e retrocessos.

Rousseau talvez tenha sido um dos poucos pensadores a tratar da soberania como instituto importante para a vida social. Para Rousseau somente a vontade geral pode controlar as forças estatais a fim da conquista do bem comum. O conflito entre interesses particulares levou à fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. São os pontos comuns dos diferentes interesses que possibilitam o laço social. Não existiria sociedade alguma se não houvesse ponto em que os interesses concordassem. É somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade. A soberania nada mais é que o exercício da vontade geral. Portanto, nunca pode se alienar. O soberano é um ser coletivo, e por isso mesmo se pode representar. É dado transmitir o poder, mas nunca a vontade.¹²⁰

É absolutamente inegável que a visão rousseauiana de política é extremamente democrática e serve de um contraponto não só para a sua época, século XVIII, mas também para os dias atuais, em que o Estado Democrático de Direito se notabiliza como paradigma após a Segunda Guerra Mundial e no Brasil há pouco mais de vinte anos. Contudo, o discurso de reafirmação de direitos fundamentais de maneira universal e incondicional passa primeiramente pelo reconhecimento do homem como grande destinatário e centro dessa discussão.

As revoluções liberais exerceram importante influência no crescimento da burguesia, que por meio da acumulação de bens pôde ascender ao poder. Direitos considerados absolutos

¹²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 36.

até o final do século XVIII, como a propriedade, foram radicalmente limitados nas declarações de direitos contemporâneas. Pode-se dizer que através das declarações de direitos materializavam-se os direitos fundamentais, o início de uma luta por um espectro de direitos que até os dias atuais se mostra inacabada.

Conclui-se, de forma clara, que o mundo ocidental atrela-se de forma muito rígida às concepções liberais de direitos fundamentais, embasadas nos conceitos de liberdade e igualdade. Todavia, esta leitura dos direitos fundamentais não conseguiu superar o caráter estigmatizante que não vence o obstáculo de reconhecer a todos, sem distinção, como sujeitos de direito, sem considerar diferenças de ordem étnica, religiosa, econômica ou cultural. Os direitos fundamentais, materializados nas constituições em geral, devem ser instrumentos de construção do ser humano. No entanto, há uma grande distância entre o que se considera ideal e aquilo que se constitui realidade. Cria-se um imenso abismo entre o passado, do qual se tem saudade e o futuro, objeto de profecia. Vê-se, neste viés, um caráter transcendente dos direitos humanos, o que constitui, ao mesmo tempo, energia revolucionária e uma fragilidade dos direitos fundamentais. Fica muito claro que a diferença entre aquilo que se considera ideal em termos de direitos fundamentais e a realidade que se apresenta, imperando a máxima universalizante que caracteriza o pensamento moderno. Esta diferença entre ideal e real baseia-se em uma série de exclusões, que levam a uma distinção entre os verdadeiros destinatários dos direitos. Os verdadeiros destinatários dos direitos são os sujeitos de cor branca, os heterossexuais; portanto, os negros são alijados e os homossexuais são marginalizados, algo que é considerado como sinônimo de dignidade humana e de poder.

Sob a ótica estatal, a sujeição à privação de direitos é exercida, segundo Costa Douzinas, de duas maneiras: pela dominação e pela opressão. Na dominação nega-se a autodeterminação e privam-se as pessoas de meios para o exercício dos direitos fundamentais. Já a opressão é a negação da igualdade, exercida pela dependência econômica, social e cultural. As diversas minorias têm seus direitos limitados nos últimos duzentos anos. Consequentemente, em prol da liberdade e igualdade, as privações de direitos são veladas, já que os direitos às minorias são negados por estas serem consideradas inferiores e indignas, o que constitui um importante paradoxo construído ao longo da história.¹²¹

¹²¹ DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 96-97.

Nem mesmo a globalização¹²² consegue mudar esta realidade: processo de avanços e retrocessos em relação aos direitos fundamentais. Neste contexto concretizam-se direitos e garantias fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, e o juiz natural, configurando instrumentos de influência da pessoa humana frente ao imenso poder estatal no exercício do poder. Mas, como se sabe, esta possibilidade de contraditar o poder do Estado é diferente, não é isonômica. Os rotulados ou etiquetados têm a seu dispor poucos meios para fazer contraposição ao poder estatal.

Dentro de uma nova realidade em que vive a humanidade, caracterizada pela nova ordem mundial e pela globalização, os direitos fundamentais tornam-se objeto de grandes lutas políticas tendo a frente movimentos sociais que visam ao exercício da democracia, com múltiplos direitos como a liberdade de expressão, de informação e de associação sem falar das garantias processuais acima elencadas.

Apesar da noção de evolução dos direitos fundamentais, estes ainda continuam atrelados às ideias da modernidade, caracterizadas pela padronização, rotulação, enfim por uma prática de exclusão. Aliás, os conceitos ligados aos direitos fundamentais referem-se à cultura ocidental, às concepções filosóficas dos gregos antigos, aos dogmas da religião católica e ao liberalismo e ao capitalismo nascidos na Europa nos últimos quinhentos anos. A universalidade dos direitos fundamentais é relativa, pois não contempla a imensa diversidade cultural, econômica e religiosa existente no mundo atual, o que é de extrema importância no seu processo evolutivo.

Contudo, surge com Jacques Rancière nova e radical reinterpretação da política de direitos humanos e consequentemente de direitos fundamentais. Os direitos humanos não são de titularidade dos seres humanos, mas são elementos constitutivos do sujeito da modernidade.¹²³ Mas, se estes direitos não pertencem a nenhum sujeito ou outros grupos, quem não figura como titular de direito pode invocá-los. Há um grande paradoxo entre a força que é produzida por estes e sua negação, na prática jurídica e política. A dissonância cria as condições para os excluídos ou etiquetados para colocar as declarações de direitos à prova e pedir a sua verificação. Este processo de luta define os direitos humanos, bem como os

¹²² A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos. Cf. BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 7.

¹²³ DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 106.

direitos fundamentais, através de uma dupla negação. As declarações de direitos e as Constituições prescrevem a igualdade formal e a liberdade limitada. Mas esses princípios abstratos mostram-se ineficazes diante de grandes desigualdades. Liberdade e igualdade não são qualidades inerentes às pessoas, mas são predicados políticos, cujo significado e alcance são objetos de lutas políticas. Princípios abstratos são colocados à prova da ordem social que é levada a confirmar ou negar interpretações que ampliam seu alcance.¹²⁴

Portanto, a construção dos direitos fundamentais é feita não somente com base da abstração trazida pelos textos das declarações de direitos, que também são produtos do pensamento moderno: uniformizador e padronizador. Os direitos fundamentais têm seu processo de construção completo a partir do momento em que todos os sujeitos, sem qualquer tipo de distinção, passam a usufruir dos benefícios proporcionados pelo rol de direitos elencados seja nas declarações de direitos ou nas Constituições dos Estados. A igualdade não pode ser um direito meramente formal, mas deve se constituir em garantia eficaz sob o ponto de vista material, o que obriga a se considerar as diferenças e particularidades de cada pessoa com intuito de diminuir os grandes abismos existentes entre os diversos grupos.

3.2 A concretização dos direitos fundamentais

A intolerância e o preconceito representam lutas e sacrifícios no percurso da história. Percebe-se que o papel da modernidade na conformação desta realidade é extremamente significativo, tendo em vista a legitimação de posturas que aceitam certos comportamentos, considerando-os certos e o desprezo de outras identidades, excluindo-as e massacrando-as. A igualdade acaba sendo o ponto de partida para uma verdadeira efetivação de direitos fundamentais. Sem uma verdadeira compreensão da igualdade – seja em sentido formal ou material – a efetividade dos direitos fundamentais não ocorrerá em plenitude.

A promoção da igualdade, como grande desejo em uma sociedade tão desigual e diversificada sob o ponto de vista cultural, é imprescindível para a concretização de governos que promovam verdadeiras políticas de Estado pautadas, acima de tudo, na dignidade do homem, compreendida como sendo bem sempre a ser alcançado.

Para tanto, uma das principais medidas voltadas à garantia de igualdade são as ações afirmativas, que se configuram verdadeiros atos de promoção de igualdade dirimindo fatores geradores de desigualdade atinentes a causas diversas, sejam culturais, econômicas ou étnicas.

¹²⁴ DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 106-107.

A concretização de direitos fundamentais depende, necessariamente, de ações voltadas para a promoção de políticas inclusivas, caracterizadas pela universalização do acesso a bens hoje considerados essenciais. No entanto, o caminho a ser trilhado para a concretização dos direitos fundamentais tem sido o do protagonismo judicial e da judicialização da política, fruto da inércia dos poderes Executivo e Legislativo.¹²⁵

Certamente uma das temáticas mais discutidas refere-se às políticas de saúde, o que gera debate sobre a relação entre a efetividade do direito à saúde e os meios disponíveis para a consecução de políticas públicas. Ademais, a judicialização da saúde no Brasil acarreta um problema importante. Enquanto cidadãos precisam de medicamento e tratamento não ofertados pelo sistema público de saúde, tomam-se decisões que levam a um déficit no orçamento público de saúde. É necessário um grande fomento para a saúde pública para uma diminuição das ações no Judiciário. Enquanto isso, como chegar a uma solução para o problema?¹²⁶ A resposta para tão intrigante pergunta passa, obrigatoriamente, pela atuação do sistema de justiça. A ineficiência dos atores políticos, seja na execução de políticas, seja no trabalho legislativo, assevera o fenômeno do protagonismo judicial, o que é um aspecto altamente negativo numa sociedade estabelecida sobre as bases do Estado Democrático de Direito. Assim, o papel do Direito é o de transformar as tensões sociais e políticas em um conjunto de problemas que podem ser solucionados através de normas jurídicas a serem utilizadas pelos governos.¹²⁷ Temas polêmicos são excluídos da pauta do Parlamento. Discussões sobre direitos das minorias, como homossexuais, negros, indígenas, ou sobre aborto, eutanásia são vistas como verdadeiros tabus e desprezadas nos fóruns adequados para discussão, chegando ao Judiciário por meio das chamadas ações afirmativas.

A questão da excessiva judicialização da política e do ativismo judicial advindo de um desequilíbrio entre os poderes, assim como de uma inércia na consecução de políticas também fica evidente na área criminal. A realidade vivida retrata um ambiente de insegurança. A

¹²⁵ Em 1954, por exemplo, no caso *Brown contra Board of Education*, o Supremo Tribunal determinou que a segregação nas escolas públicas era inconstitucional. Ao fazê-lo, portanto, declarou ilegal um importante fundamento da estrutura social de um vasto segmento do país. Nas quatro décadas transcorridas desde esse famoso caso, o tribunal tomou um número enorme de outras decisões importantes e de conhecimento público. Desenvolveu um arsenal de armas jurídicas contra outras formas de preconceito e discriminação raciais. Declarou ilegais a prece e os serviços religiosos nas escolas públicas. Criou uma rede de proteção para os acusados e condenados por crimes. E, em 1973, decidiu o caso *Roe contra Wade*. Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 168.

¹²⁶ NUNES, Dierle José Coelho. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; et al. (Orgs). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 169-170.

¹²⁷ DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 107.

sociedade exige respostas concretas para se não solucionar, ao menos minimizar o problema da criminalidade. Os inimigos são eleitos e, portanto, excluídos da condição de membro do Estado. O sujeito próprio se coloca nessa condição e, portanto, deve ficar isolado, exilado.¹²⁸ Apesar de este discurso ter sido concebido no século XVIII, ele se mostra plenamente atual, já que, como já abordado, a humanidade ainda não se desligou das concepções próprias da modernidade. Há a distinção, a segmentação entre os sujeitos considerados cidadãos e aqueles que se recusam a aceitar a cidadania. Estes não podem receber os benefícios próprios da pessoa humana.¹²⁹

Como consequência natural da recusa à condição surge a privação de direitos fundamentais, cuja efetividade é restrita a uma minoria. As garantias constitucionais do Direito Penal e do Processo Penal são peremptoriamente ignoradas no Direito Penal do Inimigo.¹³⁰ O devido ao processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência, a simétrica paridade de armas, conceitos tão caros para um processo justo, democrático, estão esquecidos. A fim de ilustrar a real situação do tratamento dispensado aos marginalizados, o Estado de Santa Catarina, após mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda não tem estruturada a sua Defensoria Pública. Aliás, esta unidade da federação foi obrigada a criar sua a defensoria por força de decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3892 e 4270. Um estado federado, considerado desenvolvido, mantém-se inerte na adoção de medidas que claramente visam beneficiar grande parte da população que não tinha condições financeiras para contratar um profissional da advocacia, oferecendo a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário.

Diante de toda problemática que envolve a efetividade de direitos fundamentais, arraigada de preconceitos e de uma cultura de exclusão, a realidade de marginalizados, pessoas de baixa renda e de egressos do sistema prisional, não poderia ser outra: negação a direitos. Pode-se tomar como exemplo a condução do processo penal sem quaisquer garantias albergadas pela Constituição, tais como, o direito a defesa técnica exercida por advogado, duração razoável do processo nos casos em que o réu está sob custódia cautelar, bem como a excepcionalidade da segregação antes de sentença penal condenatória.¹³¹ Ademais, o Brasil,

¹²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 43.

¹²⁹ JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

¹³⁰ PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 173.

¹³¹ Segundo dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, consolidados em dezembro de 2012, a população carcerária no Brasil é de 548003 presos, dos quais 195036 cumprem prisão cautelar, perfazendo um percentual de 35,59%. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16->

está na contramão de toda prática visando assegurar garantias num processo tido como acusatório próprio de um Estado Democrático de Direito. Este mesmo Estado Democrático de Direito somente perdura quando as garantias processuais penais presentes na Constituição e nas leis processuais são concretizadas nos Tribunais. Assim, há a necessidade de formação de limites para a atividade jurisdicional, sob pena de os direitos e garantias previstos na Constituição, ao invés de serem concretizados pela jurisdição, sejam desvirtuados em sua não concretização.¹³²

O clamor popular por mais segurança tem como reação imediata o tolhimento de direitos e garantias assegurados constitucionalmente a todas as pessoas. Portanto, esta visão apequenada amesquinha todo um processo de construção dos direitos fundamentais, o que precisa ser repensado. E a privação de direitos fundamentais se deve ao excesso de produção legislativa e à uma postura repressiva típica de um momento de descontrole da situação.¹³³ A redução da maioria penal figura entre as medidas mais defendidas nos últimos tempos para combater a criminalidade. E esta proposta é formulada por aqueles que pensam que o Direito Penal existe para a defesa da sociedade.¹³⁴ Visão equivocada, à medida que o Direito Penal, em primeiro lugar não visa a defesa da sociedade, mas o controle dos sujeitos. A sociedade clama por mais segurança e a resposta que o Estado oferece é simplista: inflaciona-se a legislação penal. Não há qualquer preocupação em solucionar o problema no seu nascedouro, que é, sem dúvida, a exclusão, a falta de condições dignas de vida, assim como a desigualdade que promove um conflito entre ricos e pobres. A efetividade dos direitos fundamentais obrigatoriamente deve enfrentar amplo processo de inclusão e de promoção da cidadania, através de maior participação. Desta forma dispõe Jürgen Habermas:

Feminismo, multiculturalismo, nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, todos esses fenômenos aparentados entre si, mas que não cabe confundir. Seu parentesco consiste em que as mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e culturas, todas se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. São todos eles movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se

24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D. Acesso em 23.5.2013.

¹³² STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – garantias processuais penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 104.

¹³³ Vale frisar a campanha encabeçada pela escritora Glória Perez, mãe da atriz Daniela Perez, assassinada por Guilherme de Pádua. Outro caso emblemático envolveu a menor Isabela Nardoni com a condenação inquisitorial do seu pai e de sua madrasta. Também relevante o caso João Hélio, arrastado por 7 Km em ruas do Rio de Janeiro eclodindo uma odienta campanha para diminuição da maioria penal.

¹³⁴ OLIVEIRA, Anderson Lodetti. Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal*: (Des) Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 209.

definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo.¹³⁵

A cultura neoliberal própria do início do século XXI aos dias atuais marca a imposição à classe baixa, proletária, de uma vida em uma sociedade punitiva, diferentemente das classes média e alta. Daí surge o esforço na condução das políticas de endurecimento das leis penais, da tolerância zero e dos campos de treinamentos de jovens. Na Europa, tais práticas são dispensadas aos jovens de baixa renda e aos imigrantes que lotam os bairros pobres transformando-os em novos guetos.¹³⁶ Já no Brasil, fica evidente o tratamento dispensado aos pobres por meio da seletividade propiciado pelo controle social promovido pelo Estado. Este controle é exercido nas prisões, pela disciplina imposta aos internos.¹³⁷

O processo penal vigente no Brasil caracteriza-se pelo sistema acusatório, cujas vertentes democráticas são evidentes ao garantir o poder de influência das partes no procedimento em si. A despeito desta afirmação, introduziu-se uma nova redação ao artigo 212 do Código de Processo Penal¹³⁸, introduzida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008,

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 238.

¹³⁶ WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 22.

¹³⁷ Jessé Souza retrata a realidade da classe menos favorecida por meio de exemplos típicos. “Na prisão, os sinais visíveis do rebaixamento social rondavam o corpo de Carlos. Havia um esquema muito bem montado de privilégios e obrigações em que os próprios presos administravam a hierarquia que se cria entre eles. Ficar isento ou ter que realizar tarefas degradantes como lavar banheiros sujos e carregar água para as celas é o que vai sinalizar, na experiência de Carlos, quem é mais ou menos abandonado, quem é mais ou menos esquecido nos corredores da morte social. No presídio em que ele ficou, o primeiro critério na atribuição de tarefas é a ordem de chegada na cela. O ante- penúltimo deve participar do transporte de água para os detentos, o penúltimo limpa a cela e o último fica encarregado de lavar os banheiros, tarefa mais pesada e degradante. A torcida é sempre para chegar o próximo calouro (“Aí vamo supor, os dois da cela. Eu tô no banheiro, e o outro na cela. Chega outro, aí empurra. Um sai pra água, eu que tava no banheiro passo pra cela, e o último passa pro banheiro.”). é a circulação que faz com que todos legitimem o estigma de quem faz o serviço pesado para os outros. é como a roda do karma da religião e do sistema de castas hindu. “Vai só empurrando”, lembra Carlos. Mas há uma possibilidade de fugir desse círculo adicional de estigmatização desde o começo. quem tem dinheiro tem a opção de pagar a uma outra pessoa para que ela faça o serviço. Carlos conta que “tem um cara lá que não tem visita”, e que, por 50 reais por mês, aceita fazer a faxina ou carregar a água. Além da privação material, a ausência de visitas já demarca um grau de abandono necessário para que, naquele contexto, esse cara seja o bode expiatório dos demais presos na tentativa de “empurrar” o estigma do rebaixamento social. Carlos não fez nenhuma faxina, pagou todas. Com o pagamento, adquire também o direito de vigiar e advertir o seu “boi” (“lá eis fala ‘boi’”), caso ele relaxe na tarefa assumida (“Você tem que ficar de olho, não pode deixar o cara, você tem que ficar de olho ali.”). O próprio detento, vigiado e avaliado pelos funcionários do presídio, pela Justiça e pela polícia, aqui se torna também agente de vigilância e avaliação sobre outro detento que passa a lhe estar subordinado. Esse tipo de poder, analisado minuciosamente por Michel Foucault, é exercido por cada indivíduo que tenta fazer circular o estigma lançado sobre si.” Cf. SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Colaboradores André Grillo ... [et al.]. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 219-220.

¹³⁸ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

que conferia às partes a possibilidade de inquirir diretamente as testemunhas arroladas. O Superior Tribunal de Justiça negou a aplicabilidade do novo dispositivo, sob o argumento de que deve ser mantida a tradicional forma de oitiva das testemunhas. Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que cabe ao magistrado a busca pela verdade real, o que ficaria inviabilizado com a nova prática.¹³⁹ Tal prática fere garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Mitiga-se a implementação da participação e do chamado policentrismo processual, que busca transformações do ponto de vista técnico para viabilizar um processo verdadeiramente democrático.¹⁴⁰

Portanto, pode-se afirmar que não se caminha para a concretização de um esforço voltado para verdadeira efetividade de direitos fundamentais de uma forma plena e universal. As medidas democráticas direcionam-se para determinadas camadas da população que possuem condições mais abastadas, do ponto de vista econômico. Os pobres e marginalizados são perseguidos, estigmatizados e colocados na situação extrema de segregação carcerária. Estas práticas retratam a herança adquirida do pensamento da modernidade europeia e que precisa, antes de tudo, ser superado. Somente com uma mudança radical é que se pode dizer que se inicia o caminho para inclusão e para a efetivação dos direitos fundamentais. Ainda se mantém as ideias anacrônicas da modernidade quando se trata da efetivação de direitos e garantias fundamentais no campo da persecução penal, cujo desafio maior é superar estas ideias.

¹³⁹ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – garantias processuais penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 54-55.

¹⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 239-240.

4. A SUPERAÇÃO DO ETIQUETAMENTO

Fica evidente que a conjuntura que se apresenta ao longo dos tempos é caracterizada por uma cultura sectária e discriminatória. A modernidade, com seu caminho de mais de cinco séculos, certamente exerceu um papel de relevante importância para instalação desta realidade tão problemática e ao mesmo tempo destruidora. O universalismo europeu com a suas imposições de cultura e pensamento em prol de um domínio hegemônico de todo contexto global geram a cultura não só da discriminação, mas da destruição, seja de minorias, povos originários ou de sujeitos que estejam em estado de conflito com o *status quo*, pela criminalidade ou pela condição econômica. A superação da lógica do etiquetamento ou *labeling approach* exige uma superação, em primeiro lugar, de concepções muito próprias da modernidade.

É relevante rememorar a pregação hegemônica que a modernidade empreendeu ao longo dos tempos, que já superam cinco séculos. O universalismo europeu, apegado a uma cultura civilizatória marcada pela padronização e uniformização da vida em todos os sentidos, ainda exerce grande influência, principalmente em tempos de globalização. O homem não sente necessidade somente sob o ponto de vista de sobrevivência biológica, mas também exige condições do ponto de vista cultural, científico e tecnológico. Immanuel Levinas traz uma reflexão importante acerca de uma mudança necessária como sinal de superação dos conceitos trazidos pela modernidade:

[...], necessidade humana alguma existe, na realidade, no estado unívoco da necessidade animal. Toda necessidade humana é, desde logo, interpretada culturalmente. Só a necessidade abordada ao nível da humanidade subdesenvolvida pode deixar a falsa impressão de univocidade. Por outro lado, não é seguro que a significação científica e técnica do mundo possa “dissolver” a multiplicidade das significações culturais. Disso se pode duvidar, efetivamente, quando se percebe as ameaças que fazem pesar sobre a unidade da nova sociedade internacional – posta sob o signo do desenvolvimento científico e industrial moderno, e sob o signo do reagrupamento da humanidade em torno dos imperativos unívocos do materialismo – os particularismos nacionais, como se estes particularismos respondessem, por si mesmos, às necessidades.¹⁴¹

O francês Levinas é conhecido o “filósofo do outro e passou a sofrer inúmeras críticas. Para ele, há uma tendência da civilização ocidental em reduzir tudo que é enigmático, fortuito e estranho em algo que seja inteligível, compreensível, racional. Desta feita, reduz até mesmo Deus a um ser entre outros seres, e os seres humanos a sujeitos sem faces, identidades. As

¹⁴¹ LEVINAS, Immanuel. *O humanismo do outro*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 37.

práticas que inviabilizam o triunfo da racionalidade devem ser aniquiladas e ignoradas, como ocorreu na Guerra Fria e no colonialismo.¹⁴²

Levinas prega um reencontro com o ser humano na pessoa do outro, sujeito semelhante e que não se reveste de um mero significado cultural, mas é sentido e confere a si próprio o sentido, introduzindo o fenômeno da significação. Este sujeito/outro manifesta-se através desta significação e está presente na cultura apresentada a todo o momento.¹⁴³

Assim, o pensamento de Immanuel Levinas é uma busca incansável à compreensão de que a humanidade não mais pode suportar uma cultura voltada para a segregação e para a discriminação. Aquele que é designado como sendo o outro é, antes de tudo, ser humano. Ser humano detentor de direitos, cultura, identidade e que caminha para a construção de um futuro. Aliás, este ser humano, rico do ponto de vista cultural, só consegue compreender o outro, o diferente, a partir do momento em que se estabeleça uma penetrabilidade cultural. Ou seja, que a cultura de um determinado grupo mantenha contato com a de outro.¹⁴⁴ Não se pode, portanto, negar a existência de qualquer tipo de agrupamento humano que se mostre diferente, sob a perspectiva cultural, econômica, tecnológica ou política.

4.1 Crítica à exclusão

Como já alhures destacado a cultura da exclusão relaciona-se à modernidade. Certamente o maior desafio nos dias atuais seja empreender uma crítica e agir com intuito de superar a lógica da exclusão. Para tanto, sob a perspectiva filosófica convém destacar a *Filosofia da Libertação*, que parte de concepções teóricas próprias da Escola de Frankfurt e da fenomenologia de Martin Heidegger e inspira-se no pensamento de Levinas, definindo uma posição de exterioridade ao tratar da cultura popular, da economia latino-americana em relação aos Estados Unidos e à Europa em geral. Neste contexto, os povos latino-americanos, enquanto pobres - a outra face da modernidade - em relação àquilo que é chamado de totalidade hegemônica. A Filosofia da Libertação¹⁴⁵ não procura identificar o outro, o

¹⁴² HUTCHENS, B. C. *Compreender Levinas*. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 29-30.

¹⁴³ LEVINAS, Immanuel. *O humanismo do outro*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 49.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 39.

¹⁴⁵ No desenvolvimento teórico da *Filosofia da Libertação*, Enrique Dussel utiliza como ferramenta argumentativa a filosofia da linguagem a partir do pensamento de Karl-Otto Apel. O diálogo com este pensador é salutar tendo em vista a sua contundente crítica à filosofia analítica da linguagem. Apel, parte da descoberta da chamada “comunidade de comunicação” para chegar à linguagem e à argumentação. Cf. DUSSEL, Enrique. *Filosofia a libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad.: Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 43-44.

diferente, porém a manifestação eficaz da razão do outro, representado pelo indígena vítima de genocídio, pelo escravo negro comercializado, pela mulher mercadoria sexual e pela criança desprovida de meios de instrução.¹⁴⁶

A Filosofia da Libertação evidencia a necessidade de enfrentar uma questão crucial para empreender aquilo que se entende como uma superação do etiquetamento e dos conceitos do *labeling approach*, que é a desconstrução da modernidade. A modernidade prega que o caminho do desenvolvimento passa pelo seguimento a práticas hegemônicas europeias e norte-americanas que encobre um mito. Enrique Dussel trata do eurocentrismo, e o faz através de um diálogo crítico com autores europeus, como Kant, Hegel. Para estes filósofos, o homem que fosse estranho ao ambiente europeu, ou seja, que apresentasse um grau de dissintonia em relação àquele, seria um sujeito imaturo - *culpable inmadurez*. Povos como os negros africanos, escravos americanos, indígenas, povos originários ou mestiços, na atual conjuntura ocidental, podem ser considerados em estado de imaturidade (subdesenvolvimento)?¹⁴⁷ Certamente a resposta a este questionamento busca-se na história que mostra a imposição de uma cultura considerada hegemônica, onde o preço pago foi a destruição de civilizações.

Os povos latino-americanos, considerados participantes de uma comunidade de comunicação periférica, partem da premissa de que sempre viveu uma cultura de exclusão. Ou seja, convive-se com a miséria, a pobreza, com o alijamento argumentativo, e, portanto, não há uma efetiva participação na comunidade de comunicação hegemônica ou europeia. Estabelece-se um canal de tal modo que haja uma interpelação por parte dos excluídos, no sentido de cobrar direitos por serem pessoas, seja referente a questões étnicas, raciais ou outro tipo de discriminação.¹⁴⁸

Em mais de quinhentos anos de história os povos latino-americanos criaram sua própria cultura e identidade, considerada estranha, a “*outra cara*”, invisível para os adeptos da modernidade, os europeus. Os povos originários pagaram com o sacrifício da própria vida de seus integrantes o enriquecimento dos povos centrais, bem como o financiamento de seus desenvolvimentos. É necessário o empreendimento de um projeto libertador, emancipador dos povos originários, uma tentativa de superação da modernidade o qual deve ser consubstanciado em racionalidade ampliada, em que a palavra diferente ou *do Outro* tenha lugar numa comunidade de comunicação, onde todos os seres humanos devam participar

¹⁴⁶ DUSSEL, Enrique. *Filosofia a libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad.: Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 46-47.

¹⁴⁷ DUSSEL, Enrique. 1492: el encobrimento del otro. La Paz: Plural Editores, 1994, p. 13-14.

¹⁴⁸ DUSSEL, Enrique. *Filosofia a libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad.: Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 67.

como iguais, de um amplo diálogo entre culturas, para construção de uma humanidade plural, cuja aceitação do diferente seja efetiva.¹⁴⁹

Para tanto, importa destacar o que assinala Jürgen Habermas acerca dos direitos a serem assegurados às minorias marginalizadas, em um “sentido jurídico”. As decisões de cunho político regulamentam direitos para que se efetivem em sociedades complexas. O direito moderno é extremamente formal. O que não é proibido expressamente é permitido. É também individualista, já que trata de direitos das pessoas sob a forma de direitos subjetivos. É coercitivo, confere ao Estado o poder sancionador. É positivo à medida que transforma decisões políticas, em certas medidas abstratas, em concretas advindas de um caso recorrente. É escrito por possuir uma legitimidade democrática. Ou seja, é produzido mediante um procedimento democrático. No entanto, é imprescindível que uma ordem jurídica assegure a todos os cidadãos a autonomia para que seja legítima.¹⁵⁰

Certamente uma cultura de inclusão já está plantada no pensamento atual e leva a uma reflexão sobre a necessidade de promoção de direitos para uma parcela considerável da humanidade. Não é somente um desafio sob a perspectiva do Direito, ou da sociologia, mas também da filosofia, que se vê obrigada a romper com a lógica da modernidade, uniformizadora e hegemônica. Portanto, a abordagem de uma crítica ao processo de exclusão obrigatoriamente remete a uma discussão de desconstrução de modernidade e com o reconhecimento, como propõe Levinas, do *Outro* como sujeito detentor de qualidades que o fazem semelhante ao *Eu*, ao sujeito que se beneficia de toda construção moderna de mais de quinhentos anos.

4.2 Os direitos humanos no contexto de superação do etiquetamento

A partir da desconstrução da modernidade, utilizando-se de instrumentos de conteúdo filosófico que aderem às ideias de Levinas, Dussel e Wallerstein, convém abordar os direitos humanos dentro desta visão que engloba a superação da modernidade concomitante com a superação do rótulo, da etiqueta, do *labeling approach*. Nos dias atuais, o ser humano necessita da manifestação do *Outro*, do diferente, uma vez que as mudanças ocorridas na vida da humanidade impedem que o homem seja estático, pura essência, mas que esteja em

¹⁴⁹ DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del otro. La Paz: Plural Editores, 1994, p. 167-168.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. (*Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*). Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 242.

constante transformação. Com Freud e Lacan fica mais evidente que o homem necessita do *Outro* para ser completo.¹⁵¹

A fim de corroborar toda a lógica da necessidade do *Outro* por qualquer ser humano, a ética da alteridade torna-se uma espécie de *metafísica do humanismo*, que se distancia da abstração do sujeito, próprio do Direito, mas que se aproxima daquilo que se configura como concreto, absoluto e dependente do *Outro*. Neste espaço de convivência social há lugar para egoísmo, para cidadania para o ordenamento jurídico e também para os direitos humanos, que se tornam a expressão pós-moderna da ideia de justiça.¹⁵² Todavia, é relevante destacar o esforço e as lutas empreendidas neste processo de desenvolvimento e de conquistas dos direitos humanos. Eis o que relata também Costas Douzinas:

Direitos naturais e humanos foram o resultado de um longo processo histórico, que levou à destruição de comunidades pré-modernas, da virtude e da ética religiosa e atingiu, de acordo com Alasdair McIntyre, a uma catástrofe moral. Homem pré-moderno tinha um lugar seguro e estável na ordem social, com tarefas específicas e uma identidade social determinado. No mundo clássico, a dominação foi baseada em uma rígida hierarquia social que levou a uma gradação da dignidade e da honra, e permitiu que alguns participassem nos assuntos públicos, enquanto outros, mulheres, crianças, escravos, eram governados por aqueles acima deles na escada social. Cristianismo acrescentou um novo tipo de auto-sujeição, obediência voluntária a uma voz interior. Nos interstícios do confessional, o corpo estava ligado à alma e uma economia da salvação surgiu. A auto-cristão é chamado a prestar contas por uma lei transcendente que fala com ele diretamente. O *Outro* oscila, na modernidade, entre os poderes visíveis e invisíveis ou entre o físico e o metafísico.¹⁵³ (tradução livre)

Neste rumo, os direitos humanos estão sempre em uma constante construção, num constante caminhar. Quando se trata desta construção dos direitos humanos no panorama latino-americano, este processo de construção, de luta é ainda mais evidenciado, uma vez que os povos nativos são considerados inferiores e imaturos. Enrique Dussel, descrevendo o inconformismo de Bartolomeu de las Casas quanto à atitude do colonizador frente ao nativo,

¹⁵¹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 351.

¹⁵² Ibidem, p. 357-360.

¹⁵³ Natural and human rights were the outcome of a long historical process, which led to the destruction of premodern communities of virtue and religious ethics and amounted, according to Alasdair McIntyre, to a moral catastrophe. Premodern man had a stable and secure place in the social order with specific duties and a determined social identity. In the classical world, domination was based on a strict social hierarchy that carried a gradation of dignity and honour and allowed some to participate in public affairs, while others, women, children, slaves, were ruled by those above them on the social ladder. Christianity added a new type of self-subjection, willing obedience to an inner voice. In the interstices of the confessional and the assizes, the body was attached to the soul and an economy of salvation emerged. The Christian self is called to account by a transcendent law that speaks to him directly. The big Other oscillates, in modernity, between visible and invisible powers or between the physical and metaphysical. Cf. DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 90.

chama a atenção para a necessidade de se colocar no lugar do *Outro*, do oprimido, pondo à prova as próprias premissas da modernidade, que age com violência como se fosse civilizatório, de uma Europa que se diz cristã e mais desenvolvida. A atitude esperada seria de respeito com a cultura dos povos originários, respeitando a alteridade e interagindo com as culturas nativas contando com a sua colaboração e capacidade criadora. Mas a prática da colônia foi a da violência e da irracionalidade que permanece até os dias atuais.¹⁵⁴

Esta superação do caráter de marginalização, de segregação e de estigmatização trazido pela etiqueta é que encontra nos direitos humanos o grande instrumento de promoção de justiça e de igualdade em plenitude: sentido material. Os direitos humanos é este grito de denúncia da injustiça, dentro de uma política de direitos humanos, seria justamente a imposição destes estigmas, uma clara tentativa de rotular pessoas, individualmente, além de grupos. A injustiça representaria o esquecimento da alteridade, do reconhecimento do outro como pessoa, singular e única. Nestes moldes, os direitos humanos não apresentam ligação com o tempo, lugar ou partido. Constituem, portanto, um processo contínuo de construção e de desenvolvimento de princípios.¹⁵⁵ O discurso dos direitos humanos não pode se configurar como mera declaração formal que admite a possibilidade de sua promoção, mas nega a condição humana ao sujeito que detém a sua titularidade.¹⁵⁶ Deve ir além. Deve promover efetivamente práticas que denunciem e mudem as condições de inferioridade que por mais de quinhentos anos se conformou como âmago da modernidade.

4.3 A superação do etiquetamento sob o prisma penal

Configura pressuposto para a superação de toda a lógica do etiquetamento, a promoção de direitos humanos e, conseqüentemente, de direitos fundamentais. Como já explanado, é fundamental que se pense inicialmente numa desconstrução de todo discurso de mais de quinhentos anos de modernidade e de hegemonia europeia e também norte americana. Talvez o primeiro passo, ou ponto de inflexão, tenha sido as revoluções liberais e suas declarações de direitos, mas que parece não romper com o paradigma da modernidade.

A realidade, a partir de uma leitura penal, é catastrófica. A pena criminal, mais notadamente a pena privativa de liberdade, se presta a manter uma condição estabelecida pelo

¹⁵⁴ DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del otro*. La Paz: Plural Editores, 1994, p. 81.

¹⁵⁵ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 373-374.

¹⁵⁶ “Os direitos humanos contrem seres humanos. Sou humano porque o Outro me reconhece como tal, o que, em termos institucionais, significa que sou reconhecido como um detentor de direitos humanos.” Cf. DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 373-374.

capitalismo, qual seja a de dominação do capital sobre a força de trabalho; do rico em relação ao pobre; enfim, do dominante sobre o dominado. Os clamores populares demonstram um pedido para uma reação estatal no sentido de coibir a violência e de se estabelecer uma realidade de segurança. Neste rumo, o resultado acaba sendo um enrijecimento do sistema de justiça criminal e uma mitigação de garantias fundamentais, constitucionalmente previstas. Diante do pensamento muito característico da modernidade, vê-se um sistema de justiça criminal cujo objeto se caracteriza por se constituir de pessoas marginalizadas, desprovidas de condições econômicas e culturais que ganham o rótulo de inimigo.

A realidade das prisões demonstra bem o estado de alijamento pelo qual passam os sujeitos submetidos ao sistema de justiça criminal. A prisão ganhou o sentido de lugar próprio a ser destinado a determinadas pessoas. A prisão não leva à reeducação ou ressocialização, mas, segundo afirma Loïc Wacquant, manifesta uma lógica de exclusão. Em um determinado período da história, o gueto foi o símbolo dessa exclusão. O gueto é uma prisão social com um discurso de manter o ostracismo dos negros norte americanos. A partir do momento em que esta estrutura entra em crise, abre-se a possibilidade para uma nova forma de se instrumentalizar a segregação através do cárcere. Para tanto, prega-se o discurso de ser a instituição penitenciária um instrumento de assistência às populações em situação de risco social. Todavia, com a influência de concepções liberais fizeram com que os objetivos sociais fossem deixados de lado, notabilizando uma lógica puramente punitiva.¹⁵⁷

Ademais, a lógica do encarceramento é a lógica do capitalismo, da exploração da mão de obra, na necessidade de se conferir uma metodologia ao desenvolvimento da produção. O sujeito desocupado deve ser encarcerado. No Brasil, a história mostra que desde o tempo do Império há uma forma toda particular de se etiquetar. Interessante citar o que diz Manoel Barros da Motta ao se referir à tipologia dos detentos da Casa de Correção, atribuída por Almeida Valle. Segundo este há dois tipos de vagabundos: o maltrapilho e o de luva de pelica. O maltrapilho deve passar a maior parte da vida na prisão, pois é incompatível para a vida social. Propôs-se no final do século XIX uma escravidão temporária destas pessoas como forma de correção. Já os vagabundos de luva de pelica são aqueles que se utilizam de expedientes como o furto ou o estelionato como forma de manter uma vida confortável.¹⁵⁸

Do ponto de vista econômico, a prisão se notabiliza como um grande instrumento a atender as necessidades da indústria, nascida a partir de meados do século XVIII. A estrutura

¹⁵⁷ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 98.

¹⁵⁸ MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 192-193.

do cárcere é vocacionada a impor a disciplina laboral. O sujeito depois do cárcere está adaptado às regras da fábrica, que podem ser morais, sanitárias, intelectuais ou disciplinares.¹⁵⁹ Na Europa, a partir do século XVII, empreende-se a adoção de várias *casas de trabalho*, a começar pela Holanda, que era uma nova modalidade punitiva a combater a ociosidade.¹⁶⁰ Assim, a lógica econômica apresenta-se como importante fator determinante na seleção dos encarcerados.

Da mesma forma como Levinas estabeleceu um conceito sobre o *Outro*, estabelece-se no Direito Penal a definição de quais pessoas são consideradas inimigas. O inimigo, em primeiro lugar, é desprovido de condição humana. É-lhe negada a condição de ser humano e atribuída a condição de coisa (*res*). O inimigo, concebido por Carl Schmitt, não é o infrator, mas o *Outro*, o estrangeiro, o diferente.¹⁶¹ E esta é uma concepção que não tem mais de cem anos. Já dentro de um momento característico da Revolução Industrial, em que as concentrações urbanas se notabilizaram, o inimigo era o sujeito indesejável, o mendigo, o leproso, a prostituta, seletividade também destacada na América Latina, onde as grandes oligarquias detinham o poder.¹⁶² O Direito Penal surge como meio a realizar a defesa eficaz contra os inimigos naturais da sociedade: negros, desocupados, prostitutas, homossexuais, bêbados, além dos criminosos graves.¹⁶³

Há uma congruência, neste rumo, entre o estabelecido no discurso da lógica da modernidade abordado por Immanuel Levinas, Costas Douzinas, Enrique Dussel e outros autores, e o discurso criminológico que ora se apresenta baseado na criminologia crítica. Fica claro que há uma relação entre o cárcere, que mostra o lado dos excluídos, e a sociedade, o lado daqueles que exclui. O discurso aparente do cárcere considerado ferramenta de reeducação, ou seja, de reinclusão, é absolutamente incompatível com a sociedade excludente, já que não se pode ao mesmo tempo reinserir e excluir.¹⁶⁴

Dentro da realidade latino-americana, a adesão à modernidade e ao seu discurso adota-se um sistema punitivo direcionado à concretização de objetivos colonialistas. O aumento do endividamento dos países latino-americanos acarretou impedimento de acumulação de

¹⁵⁹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada pelo sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 44.

¹⁶⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 39.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 21.

¹⁶² Ibidem, p. 45-48.

¹⁶³ Ibidem, p. 94.

¹⁶⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 186.

recursos financeiros e consequentemente aumento do desemprego, da informalidade, queda no poder aquisitivo. Estes dados refletem aumento da pobreza o que gera acréscimo da população rotulada que precisa ser controlada, seja como prisioneiro ou até mesmo condenado sem processo. É o que Nilo Batista chama de *cidadania negativa*, que nada mais é do que o modelo de cidadania pelo avesso.¹⁶⁵

Para tanto, apresenta-se um grande desafio de rediscussão do sistema de justiça criminal diante da negação de direitos a que são submetidas as grandes massas de excluídos e marginalizados, dentre os quais se encontram os encarcerados e seus familiares, que indiretamente são objeto deste sistema. O primeiro passo é o de reconhecimento da qualidade de pessoa humana, detentora de direitos e que não só pode como deve opinar sobre os problemas da coletividade, das necessidades e dos objetivos a serem alcançados pela comunidade em geral. Os excluídos têm suas concepções acerca da vida, tem a sua *Razão*, como trata Enrique Dussel. Aliás, esta *Razão* é totalmente distinta da *Razão* eurocêntrica, que se mostra dominadora e usurpadora.¹⁶⁶

O constitucionalismo é relativamente novo em termos de história. Mas o que importa destacar é a relação existente entre constitucionalismo e democracia, que não se pode considerar conflituosa, mas de sim de tensão. É a tensão entre a mudança proporcionada pela democracia e a segurança advinda da constituição. A segurança que a constituição promove impede as transformações democráticas de gerarem a ditadura da maioria.¹⁶⁷ Os graves fatos que são noticiados pela imprensa levam a população à indignação, corroborados pelo aumento do consumo de entorpecentes - fruto certamente do aumento do tráfico - servem como verdadeira ignição de pleitos populares voltados à mitigação de direitos e garantias fundamentais para uma parte da população considerada delinquente: inimigo, diferente ou *Outro*. Desta forma, Eugenio Raúl Zaffaroni adverte sobre a influência dos meios de comunicação de massa, de modo particular a televisão que tem ampla capilaridade nos domicílios em geral, é indispensável para que o sistema penal exerça com plenitude o seu poder.¹⁶⁸

Vivendo no contexto de Estado Democrático de Direito, é salutar que o Direito tenha como espinha dorsal a observância aos direitos e garantias fundamentais previstos na

¹⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis* - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 55-57.

¹⁶⁶ DUSSEL, Enrique. *Filosofia a libertação*: crítica à ideologia da exclusão. Trad.: Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 48.

¹⁶⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 38-39.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 127.

Constituição, sob pena de se adotar não uma saída democrática para a solução dos conflitos, notadamente os de natureza penal. Uma postura minimalista que conserve os direitos e privilegie as garantias fundamentais é um passo importante para a superação do rótulo. A solução dos problemas de sociedades complexas, como as atuais, não exige medidas legislativas que passem pela criminalização de condutas. É necessário, neste contexto democrático da vida cotidiana, que o Direito Penal reflita também este ideário, com respeito a garantias e direitos em todos os sentidos. O Direito Penal não estar blindado, protegido ou alheio a uma filtragem constitucional na sua leitura, assim como na sua aplicação.¹⁶⁹

A influência das constituições sobre matéria penal gira em torno de dois polos distintos e importantes: o *Rechtsstaats* e o *Sozialstaatsprinzip*. Este binômio reproduz toda indicação que a constituição de oferecer acerca do conteúdo da lei penal e no desenvolvimento da política criminal. Para tanto, deve-se fazer a distinção entre os preceitos que indicam um conteúdo descriminalizador e outros que revelam uma obrigação de tutela penal. No tocante ao conteúdo descriminalizador, vem à tona a função essencial de uma constituição que é o de balizar os limites do poder punitivo do Estado. No entanto, a jurisdição constitucional aponta para novas discussões que se distanciam do finalismo da pena e se preocupam, agora, com novas abordagens que mudem internamente conceitos de legalidade e culpabilidade, até então imutáveis no contexto do Direito Penal moderno. Esta nova função da constituição impõe uma discussão que vai além da mera modificação procedimental, mas assevera a necessidade de manifestações acerca da punibilidade, da irrelevância de uma determinada imputação, da insuficiência dos meios na tutela de determinados bens jurídicos salvaguardados constitucionalmente ou do exagero na utilização da norma incriminadora para igualmente tutelar um bem.¹⁷⁰

A incriminação de condutas exige uma compreensão exata do conceito de bem jurídico, quais bens são tutelados pela constituição e quais exigem a tutela penal. Há, nos dias atuais, uma grande preocupação em se deduzir da Constituição e se delimitar no campo do Direito Penal as matérias que merecem tal tutela. Cabe ao legislador fomentar o debate a respeito da consecução de uma política criminal que eleja os casos que requerem como solução a adoção da pena criminal como meio válido a proteger determinado bem jurídico, levando-se em conta critérios de *tolerância* e *pluralismo*. Aliás, estes atributos são extremamente importantes para impedir uma atuação excessiva do Direito Penal na proteção

¹⁶⁹ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

¹⁷⁰ PALAZZO, Francesco C.. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 77-79.

de bens jurídicos. Pode-se, neste rumo, dizer que uma leitura constitucional do Direito Penal leva a uma tendência mais racional de utilização deste meio extremo a situações que realmente exigem uma intervenção penal somente nos casos em que haja efetivamente uma ofensa a condições objetivas de existência da sociedade, deixando de lado fato que tem somente repercussão ideológica.¹⁷¹

Muitos doutrinadores do Direito Penal discorrem sobre o princípio da intervenção mínima, cujas vertentes são a subsidiariedade e a fragmentariedade. Como consequências desta leitura, conclui-se da necessidade de se impor a pena observando-se o chamado princípio da humanidade. A pena é um castigo imposto a um ser humano e não pode transpor os limites da dignidade humana.¹⁷²

No entanto, percebe-se que a realidade social está absolutamente dissociada da dogmática penal.¹⁷³ O Estado age sob o manto da arbitrariedade, da violência, seja por meio do sistema de justiça criminal, seja por meio de outras agências de controle social. Aliás, o poder jurisdicional é bem menor do que o poder da polícia ou do sistema carcerário. O Poder Judiciário toma decisões um tanto quanto pré-formatadas pelo legislador, o que confere uma menor discricionariedade para a jurisdição. Detentores de um grande poder, a polícia e o sistema carcerário são responsáveis por verdadeiras violações a direitos humanos, pela repressão desenfreada exercida pela polícia ou pelo poder disciplinar nas cadeias, sob a lógica da escolha dos alvos do sistema.¹⁷⁴ A discussão da superação deste sistema que desrespeita os direitos e alija, segrega os menos favorecidos, que acabam sendo alvo do sistema de justiça criminal.

Sobre uma superação do Direito Penal, vislumbra-se a necessidade de uma contração de sua atuação, que merece dois destaques importantes. Em primeiro lugar, a superação do Direito Penal deve ser entendida como a superação da pena criminal, antes de ser a superação do direito que regula a aplicação desta. Num segundo ponto, a superação do Direito Penal não deve ser a abolição de outras formas de controle social do desvio. A substituição do Direito Penal por uma forma diversa e melhor seria o ideal, no entanto, seria imprescindível uma melhora considerável da sociedade. Esta saída levaria para um aperfeiçoamento expressivo da democracia, das relações de poder. A sociedade, de maneira autônoma, tomaria o próprio

¹⁷¹ PALAZZO, Francesco C.. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 86-87.

¹⁷² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 190.

¹⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 306.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 299.

desvio e o utilizaria como meio de administração direta deste controle social.¹⁷⁵ O minimalismo penal parte do pressuposto de deslegitimação do sistema penal e de crise do discurso jurídico penal, que se desenvolve por meio de várias vertentes, dentre as quais, as teorias da rotulação.¹⁷⁶

A curto e médio prazo, é possível a adoção de uma postura minimalista de Direito Penal, que contenha a violência no ato de punir, com respeito aos direitos humanos. Em linhas gerais, a proposta, baseada na criminologia crítica, reafirma de maneira categórica as garantias constitucionais próprias do Estado de Direito e tendo os direitos humanos como cerne. Apesar de este mesmo Estado de Direito ser uma criação da modernidade que legitima a desigualdade, o seu fortalecimento é fundamental para que haja a certeza, por mínima que seja, em relação à vida e a liberdade das pessoas. Naturalmente a atuação do Direito Penal já restringida com o fortalecimento das garantias do Estado de Direito, notadamente às garantias processuais. Este chamado de *Direito Penal Mínimo*, nega a legitimidade do sistema penal e mostra-se como alternativa que considera o Direito Penal um mal menor necessário.¹⁷⁷ Já os direitos humanos na intervenção mínima assumem uma dupla função. Primeiramente uma negativa, a limitar toda intervenção penal com estrita observância dos direitos humanos. Outra positiva que delimitaria a atuação do Direito Penal justamente nos casos de violação de direitos humanos.¹⁷⁸

¹⁷⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 206-207.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 58.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 89.

¹⁷⁸ SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta*. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 17-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se perceber que a problemática que envolve o *labeling approach* não é nova. Ao longo dos tempos as consequências da estigmatização perduraram e exigiram mudanças conceituais tão elementares a fim de oferecer, em plenitude, direitos fundamentais como o acesso universal. A abordagem feita neste trabalho enfatizou algumas particularidades que devem ser destacadas pelo Direito para melhor compreensão da influência do *labeling approach* e do Direito Penal nos direitos fundamentais.

A modernidade, nascida de uma ruptura da cultura medieval, inaugurou nova racionalidade e hegemonia dos Estados europeus, que empreendem conquistas a novas terras e dominação de novos povos originários. Ela exerce sua influência há mais de quinhentos anos. Neste contexto, originou-se a instituição do Estado Nacional/Moderno com o objetivo principal de manter uniformização e padronização de comportamentos e culturas estabelecendo-se, assim, uma dualidade: o bem *versus* o mal; o amigo *versus* o inimigo; o culto *versus* o inculto; o certo *versus* o errado. Esta mentalidade, aliada ao uso da violência, criou uma situação de verdadeira hegemonia e ao mesmo tempo de exclusão, o que perdura até os dias de hoje.

Ocorre que a exclusão que se estabelece com a lógica da modernidade favoreceu o estabelecimento de um ambiente de rompimento com garantias e direitos fundamentais. É absolutamente impossível se falar em modernidade sem falar de uniformização e de exclusão. No início da modernidade os excluídos eram os povos conquistados. Já na época das revoluções liberais os excluídos eram os não burgueses, ou seja, os pobres. Na atualidade, os que divergem do modelo capitalista preconizado pela conjuntura globalizante. O Estado Plurinacional é o primeiro contraponto a esta lógica da modernidade e merece maior atenção para o desenvolvimento como proposta de inclusão e de promoção de direitos.

Atualmente, o Direito Penal consubstanciou-se como o maior e mais eficiente instrumento de controle social existente, apresentando-se de modo dual: há um discurso oficial, cuja concepção concerne ao caráter dissuasório da norma penal que protegeria bens jurídicos previamente escolhidos e que mereceriam a devida proteção, além da repressão nos casos de transgressão da norma; e um discurso real, baseado na lógica da modernidade, que mostra a realidade do Direito Penal do cárcere, do sistema de Justiça Criminal e das agências responsáveis por promoverem o funcionamento desta complexa máquina.

É preciso destacar aqueles sujeitos que deveriam ser objeto do sistema e atuar como medida de neutralizá-los, cuja solução é o seu isolamento da vida social, nem sempre relacionado ao encarceramento, mas também à negação de direitos de toda ordem. As pessoas consideradas rotuladas, seja por sua condição econômica, cultural ou social, são tratadas como verdadeiros inimigos sociais e estabelecendo-se um verdadeiro estado de beligerância na sociedade. Ademais, impõem-se ao etiquetado esta condição para que o sujeito se aceite como tal e possa exercer um meio de produção e de reprodução deste pensamento. Todavia, quando se procura romper com toda lógica da modernidade, também se faz necessário romper com a lógica do discurso do Direito Penal, ocorrendo um processo de deslegitimação deste discurso.

O discurso real do Direito Penal reproduz uma realidade muito peculiar. Observou-se um clamor popular exacerbado por uma maior rigidez da legislação criminal sob a alegação de que esta seria a solução para eficiência no combate à criminalidade, o que se mostrou absolutamente inverídico. Os meios de comunicação social, de modo especial a televisão influenciaram neste desiderato. Fatos de grande repercussão nacional despertaram pleitos de reformulação legislativa, tais como diminuição da maioria penal, endurecimento de regimes disciplinares nas prisões e de atos processuais, sem falar nas novas tipificações. Ressaltou-se também o grande número de presos sem processo ou de presos cautelares, que apesar de terem prioridade na tramitação de seus processos, aguardam longas temporadas por uma sentença.

Salientou-se que a definição dos indivíduos rotulados obedece à mesma lógica concebida pelo discurso da modernidade, que se detém na uniformização e na padronização. Estabeleceu-se o aceitável, o correto. Quem deixa de seguir o preconizado pela sociedade, deve ser marginalizado e, portanto, considerado inimigo, porque se opõe a todo discurso que é considerado certo. Observou-se a carência na discussão das políticas necessárias para promoção de direitos e que eliminarão estas diferenças gritantes existentes na sociedade atual.

O cárcere não é um fim, mas um meio, uma vez que as consequências por ele produzidas agravam a situação do rotulado perante a sociedade, podendo, inclusive, levá-lo novamente à prisão. O discurso da ressocialização é inviável no atual contexto em que as condições desumanas se asseveram. Os estabelecimentos abrigam um número de apenados além da real capacidade, onde as condições sanitárias são precárias ou inexistentes, disseminando-se a promiscuidade, a indignidade e o menosprezo com o ser humano. Portanto, o cárcere mostra a irracionalidade da pena criminal que se baseia num sofrimento corporal, apesar de representar um importante papel simbólico na realidade atual. Quando ingressa no cárcere, o sujeito passa a ser um objeto de exercício de poder que o inferioriza e o animaliza,

tratando-o como sujeito que precisa ser docilizado, domesticado. Não há uma preocupação com a melhoria dos estabelecimentos prisionais. O problema é antigo e se arrasta pelo tempo. Aliás, esta situação favorece o poder disciplinador do cárcere, que é, antes de tudo, irracional.

Pode-se dizer que há ausência de direitos fundamentais aos etiquetados de toda ordem, desde os elementares como saúde, educação, emprego com salário digno, assim como os ligados ao processo penal como direito à assistência de advogado para defesa técnica, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, razoável duração dos processos e, principalmente, dignidade humana quando custodiado pelo Estado. Não se pode excluir este considerável grupo do usufruto de direitos, pois a lógica do sistema não é ressocializar, mas reproduzir este discurso.

Certamente o maior desafio a ser enfrentado é empreender uma ruptura com o discurso da modernidade e com a lógica da exclusão presente no Direito Penal. E esta ruptura passa pela promoção de direitos humanos e pela adoção de uma postura minimalista de Direito Penal, impregnada pelos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, cujos processos devem ser céleres e respeitar as garantias de uma acusação consistente, com possibilidade de ter as decisões fundamentadas, principalmente nos casos de prisão cautelar e recebimento de denúncia, com o respeito à presunção de inocência, do exercício da ampla defesa e do contraditório e que este seja um forte instrumento de influência do réu na persecução criminal. A observância destas balizas é fundamental como contraponto à lógica da maximização do Direito Penal, cada vez mais crescente.

É evidente que este trabalho não é o ponto de chegada, mas pretende ser um despertar para uma mudança de mentalidade. O diálogo com vários autores tem o objetivo de fomentar o debate em torno daquilo que o *senso comum* julga correto, mas que se mostra absolutamente inadequado. O Direito Penal como apresentado atualmente está impregnado de conceitos peculiares da modernidade. É necessário romper-se com a lógica da modernidade para que ocorra também o rompimento com o discurso do Direito Penal. Assim, cria-se uma barreira e se impede a reprodução da lógica do etiquetamento.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1976.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal – Visión interdisciplinaria Del sistema punitivo*. Buenos Aires: Euros editores, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 5, janeiro-março, p. 5-24, 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis- drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriero Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BERTOLUCI, Marcelo Machado. A incompatibilidade entre a criminalização do inadimplente de tributos e o direito penal garantista. In CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 119-150.

BOURDIEU, Pierre. EAGLETON, Terry. *A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista*. In: ŽIŽEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rev. Trad. César Benjamin. 4. reimpr. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

_____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta*. v. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 61-72.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada pelo sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

DEML, Sonja. *Der "Labeling Approach": Howard S. Becker, Siegfried Lamnek und Fritz Sack*. Regensburg: Grin, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: uma análise à luz da concepção de estado social e democrático de direito. In D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113-146.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOUZINAS, Costa. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

_____. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009.

DUARTE, Rebeca Oliveira. “O grande atoleiro de carne”: mulheres, cervejas e Gilberto Freyre. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Justiça e direitos humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del outro*. La Paz: Plural Editores, 1994.

_____. *Filosofia a libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad.: Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; *et al.* (Orgs). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FIORAVANTE, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed. São Paulo: Loyola, 2011.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Rosina D’Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HUTCHENS, B. C. *Compreender Levinas*. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2007.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LEVINAS, Immanuel. *O humanismo do outro*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito à diversidade e estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. *O estado plurinacional e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito penal: introdução e aplicação da lei penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. Tomo I.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Manifesto do partido comunista*. 7. ed. São Paulo: Global, 1988.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MORAES, Bismael B. *Prevenção criminal ou convivência com o crime: uma análise brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti. Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (Des) Aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria de. A mulher e o fenômeno da criminalidade. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta*. v. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PALAZZO, Francesco C.. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

PIZA, Evandro. Dançando no escuro: apontamentos sobre a obra de Alessandro Baratta, o sistema penal e a justiça. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 93-122.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – garantias processuais penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Colaboradores André Grillo ... [et al.]. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da pena: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad.: Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Manual de derecho penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ed. EDIAR, 1997.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FICHA CATALOGRÁFICA

S586i Silva, Rodrigo Medeiros da.

Os reflexos do “labeling approach” na vida social e na concretização de direitos fundamentais / Rodrigo Medeiros da Silva. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2013. 90p.

Orientador: Dr. José Luiz Quadros de Magalhães.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Modernidade. 2. Uniformização. 3. *Labeling approach*. 4. Direitos fundamentais. 5. Minimalismo penal. I. Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-graduação em Direito. III. Título.

CDU 340