

ISSN 1889-8068



redhes

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Año VII No. 14 Julio-Diciembre 2015



Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla
Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes
Educación para las Ciencias en Chiapas (ECICH)



A DIGNIDADE HUMANA COMO DIREITO HUMANO-FUNDAMENTAL E A CRISE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: A IMPERIOSIDADE DE MODIFICAÇÃO DO PANORAMA PRISIONAL DO “LIXO” HUMANO¹

Felipe da Veiga Dias²

Resumo: A presente pesquisa parte da dignidade da pessoa humana como direito humano e fundamental, para com base neste fundamento abordar o tema da crise do sistema penal e a sua conexão com os problemas do sistema prisional, utilizando como base inicial o constitucionalismo (em especial a dignidade humana), juntamente com uma abordagem sociológica da “pós-modernidade”, englobando aspectos como globalização, risco, complexidade, liquidez e medo para assim expor o tratamento de refugio humano dado as pessoas selecionadas. O estudo adota uma construção dedutiva, partindo dos parâmetros sociais gerais e do direito constitucional e penal, para ao final abordar um tema específico dentro da crise do sistema penal, mais precisamente o sistema prisional.

Palavras-chave: Dignidade humana, sistema penal, direito constitucional-penal, prisão.

Abstract: The research part of human dignity as a human and fundamental right, so on this basis to address the issue of the crisis of the penal system and its connection with the problems of the prison system, using as a baseline the constitutionalism (in particular human dignity) along with a sociological approach of “postmodernity”, encompassing issues such as globalization, risk, complexity, liquidity and so fear to expose the treatment of human refuse given the selected people. The study adopts a deductive construction, starting with the general social parameters and the criminal law, the end to address a specific issue within the criminal justice system crisis, specifically the prison system.

1 Artículo recibido: 10 de abril de 2015; aprobado: 15 de septiembre de 2015.

2 Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Santa Maria – RS. Brasil. felipevdias@gmail.com.



Keywords: Human dignity, penal system, constitutional-criminal law, prison.

1. Considerações iniciais

O estudo ora proposto tem como escopo debruçar-se sobre o tema da punição, com especial destaque para a perspectiva do direito constitucional e penal no atual contexto “pós-moderno”³, gerando a reflexão sobre os mais diversos parâmetros formados a partir da combinação destes ramos jurídicos. A revisitação das bases teóricas que sustentam campos como esses é sempre proveitosa, já que a preocupação com a higidez constitucional e democrática das vias punitivas do Estado é compatível com o nível elevado de poder exercido sobre o cidadão.

No entanto, a crítica e análise do sistema punitivo⁴ constituem-se em atividade contumaz dos estudiosos das ciências criminais, motivo pelo qual a abordagem em tela adota dois elementos ainda mais específicos dentro da mecânica coercitiva do Estado, mais precisamente, a dignidade humana e a prisão. Desse modo, far-se-á aqui a exploração não somente dos elementos constitucionais (essenciais a reflexão), sociais e dos aspectos de crise do direito constitucional-penal hodierno, mas da utilização das prisões como depósito de pessoas indesejadas, ou ao menos inadequadas ao padrão estipulado pelas estruturas de mercado e governo.

A fim de realizar tais objetivos utiliza-se de instrumentos metodológicos dedutivos, alicerçando-se nos fundamentos teóricos gerais e elementares da ciência constitucional e penal, para ao final reforçar o ponto de discordância específica dentro do tratamento coercitivo-social empregado pelos instrumentos prisionais. Portanto, imperioso o manejo de componentes históricos e bibliográficos como sustentáculo dos argumentos científicos, os quais podem ainda ser reforçados por auxiliares estatísticos de observação.

Ante tal proposta, assevera-se o caráter inicial da pesquisa, visando a partir dela delimitar os rumos para continuidade dos estudos acerca da crise do sistema punitivo, bem como da necessidade de crítica às atuais posturas estatais na matéria, sob pena de deslegitimação e de corrosão dos alicerces do direito constitucional penal.

3 Utiliza-se o termo entre aspas exatamente por sua contestável adoção, a qual reputa até o momento diversas discussões a respeito da modernidade e da passagem para uma suposta pós-modernidade, motivo pelo qual aponta-se como um debate em aberto.

4 A expressão sistema punitivo é aqui adotada em sentido amplo, de modo que serve como sinônimo ao próprio sistema penal.



2. Dignidade humana e os direitos humanos e fundamentais no Brasil

O constitucionalismo hodierno encontra-se em um processo de adaptação, de modo a alinhar-se aos novos panoramas sociais e reorganizar-se diante das crises que tem enfrentado, as quais têm afetado também o próprio Estado e suas instituições.

Ocupando-se esse movimento clássica e historicamente da limitação do poder e, corolário, da proteção dos indivíduos face ao seu exercício, tal contexto apresenta o desenho de fundo das reflexões imprescindíveis acerca do tratamento ofertado aos seres humanos, em especial, quando resultante dos meios estatais mais poderosos.

Assim, mesmo diante de um momento de modificações, os princípios e direitos humanos e fundamentais esculpido no texto constitucional devem servir como barreiras contra violações desses mesmos interesses. Dito isso, a base de referência, seja às interpretações/aplicações (utilizando-se aqui a postura hermenêutica filosófica –interpretação/aplicação como um processo uno)⁵ do direito ou a qualquer questão social, encontra-se sobre o manto da dignidade da pessoa humana, a qual demonstra toda sua importância e proeminência ao ocupar local de destaque em diversos textos constitucionais contemporâneos (como no caso da Constituição Espanhola, no artigo 10 ou da Constituição Portuguesa no artigo 1º), conforme consta na Constituição Brasileira no artigo 1º, a qual inclusive serve como fundamento da República⁶.

Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana pode ser alocada como eixo central em torno do qual gravitam todas as possibilidades de construção e justificação do Estado Democrático de Direito ou mesmo de qualquer outra forma de organização político-jurídica que resulte num ente com poderes e responsabilidades em relação aos seus membros⁷.

5 Nesse sentido estão os autores Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 125. Streck, Lenio Luiz, *O que é isto – decido conforme minha consciência*, 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, e Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9 ed. Madrid, Tecnos, 2005, p. 282.

6 Adiciona-se aqui o posicionamento acerca da relação entre República e dignidade humana, nas palavras de Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, 7 ed. Coimbra, Almedina, 2004, p. 225. “Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é homem que serve aos aparelhos político-organizatórios”.

7 Sobre esse ponto específico recomenda-se Nino, Carlos Santiago, *Ética e direitos humanos*, Tradução de Nélio Schneider, São Leopoldo, UNISINOS, 2011, pp. 297-381.



A envergadura da dignidade humana é ampla no pensamento jurídico pátrio, sendo aludida como princípio, direito humano e fundamental, a fim de possibilitar a sua concretização da forma mais pluralizada possível. Essa variação de formulações e aplicações não desqualifica o mandamento nuclear do direito brasileiro, tão somente expõe sua capacidade protetiva do ser humano, pois congrega em sua incumbência tanto os elementos que tornam os princípios mecanismos flexíveis na mecânica do direito, quanto a objetividade buscada para concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Além disso, infere-se que a adoção de uma visão aberta congrega de novas abordagens sobre os direitos humanos, abandonando conceitos fechados que servem somente a uma estrutura dogmática e mobilizada na lógica pós-conflito⁸. Essa afirmação leva a um crescimento reflexivo no pensamento dos direitos fundamentais, os quais não necessitam mais estar reclusos a classificações simplificadoras, tal como ocorre na separação de esferas de intervenção (os direitos humanos atenderiam ao plano internacional e os direitos fundamentais ao plano interno) ou no apego a sua positivação como fundamento de aplicação⁹, o que significa que sua colocação aqui de forma aditiva denota o entendimento de ampliação nos parâmetros de estudo dos direitos humanos e fundamentais.

Classificações à parte, inegável aduzir que se reflete na perfectibilização da dignidade humana a força normativa da Constituição¹⁰, sendo que tal ditame invade e altera todos os certames do universo jurídico. Em outras palavras, no atual panorama do constitucionalismo brasileiro não mais se vislumbram tais bases jurídicas, tal qual o princípio/direito em apreço, como normas meramente programáticas¹¹, sem uma aplicação efetiva, muito antes pelo contrário, tem-se nesses conteúdos a base mínima para qualquer interpretação do direito brasileiro (isso sem mencionar a previsão do § 1º do art. 5º, da Constituição Federal, de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, aliada à constatação de fundamentalidade de todos os direitos constitucionais)¹².

8 Sánchez Rubio, David; Senent de Frutos, Juan Antonio, *Teoría crítica del derecho, nuevos horizontes*, Sevilla, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, 2013, p. 19.

9 Carvalho, Salo, “Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos, ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos”, *Revista de derechos humanos y estudios sociales (RED-HES)*, Ano 1. n.º 1 – enero-junio, 2009, pp. 157-161.

10 Hesse, Konrad, *A força normativa da constituição*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1991.

11 Canotilho, José Joaquim Gomes, “Brançosos” e interconstitucionalidade, *itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2 ed. Coimbra, Almedina, 2008, pp. 211-212.

12 Sarlet, Ingo Wolfgang, “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil, Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-



Posto isso, relevante referir que existe no princípio da dignidade da pessoa humana elementos de dificuldade conceitual, tendo em vista o elevado grau de abstração das suas concepções, ou até mesmo de algum de seus termos (como a própria definição do que viria a ser “dignidade”), sendo que a delimitação de um conceito fechado seria um erro tanto do ponto de vista hermenêutico quanto de construção constitucionalista do ordenamento jurídico. As palavras de Sarlet asseveram a carga de dificuldades no delineamento da dignidade humana, já que esta “diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana [...], mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”¹³.

Ainda assim, apesar dos empecilhos sintetizadores, isso não impede a compreensão da dignidade humana como fundamento protetor do ser humano em sua individualidade, respeitado, único em sua existência, afastando qualquer tratamento do homem como objeto, denotando com isso a influência da concepção filosófica de Kant¹⁴.

Aliás, justiça seja feita a Kant, cujas construções, conforme mencionado, compõem o núcleo das ideias contemporâneas acerca da dignidade da pessoa humana e seu significado, ainda que nem sempre seja feita essa devida referência. Na segunda formulação de seu imperativo categórico (um imperativo prático), o filósofo alemão acentua: “*procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio*”. Sem mais, eis a raiz das modernas concepções sobre a dignidade humana, que afirma o respeito ao ser humano pela sua própria humanidade, comum a todos, postulando também que essa qualidade única e essencial impede a sua instrumentalização, pois as coisas sim têm preço, ao passo que o homem tem dignidade, que é insubstituível¹⁵.

Denota-se, portanto, que a dignidade humana é um valor concreto dentro do atual panorama jurídico-constitucional, pois “não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade”¹⁶, sendo que

2001-INGO-SARLET.pdf >. Acesso em 23 de Março de 2013.

13 Sarlet, Ingo Wolfgang, “Dignidade da pessoa humana – parte II”, in Barretto, Vicente de Paulo (Coord.), *Dicionário de filosofia do Direito*, São Leopoldo, RS, Unisinos; Rio de Janeiro, RENOVAR, 2009, p. 217.

14 Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, 5 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 37. Em igual sentido a posição de Llobet Rodriguez, Javier, *Derechos humanos y justicia penal*, Heredia, Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007, pp. 45-46.

15 Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução de António Pinto de Carvalho, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1964, pp. 90-92.

16 Sarlet, Ingo Wolfgang, “Dignidade da pessoa humana – parte II”, *op. cit.*, p. 217.



tal percepção é um constructo das interpretações do direito contemporâneo, tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência, as quais buscam auxiliar no processo de traçar noções abertas para dignidade humana.

Assim, mesmo diante dos empecilhos acerca de uma definição, a qual prejudicaria diretamente o potencial deste fundamento jurídico, o traçar das linhas gerais leva ao encontro de construções constitucionais mais dogmáticas ou ao menos especificadoras de funções, em prol da concretização de direitos humanos e garantias fundamentais em todos os ramos do direito. Dentre tais categorias se encontram duas funções para dignidade humana: a limitadora e prestacional, sendo que na primeira há um condão negativo, contendo ações entre particulares e do próprio poder estatal, enquanto na segunda acepção localiza-se uma faceta positiva, na busca da concretização de uma existência digna ao cidadão¹⁷.

A duplicidade de atuações da dignidade da pessoa humana conduz a novos horizontes na visão constitucional, em especial pela aceitação de uma perspectiva de atuação inclusive nas relações particulares, haja vista que a face de proteção contra as ingerências estatais e sua consequente obrigação de evitar lesões a dignidade são deduções inerentes ao chamado modelo constitucional de Estado de Direito.

Ademais, cabe ainda uma última construção teórica sobre o tema em análise, mais especificamente imputando a ideia da dignidade da pessoa humana como matriz da qual são deduzidos todos os princípios e direitos fundamentais, ou seja, tais mandamentos constitucionais são a descentralização dos ideais de guarnição do caráter especial do ser humano na sociedade brasileira. Essa perspectiva leva ao encontro de que uma lesão aos direitos humanos e fundamentais ou aos princípios constitucionais é, por conseguinte, uma ofensa a dignidade humana.

Quando se adota um posicionamento como o supramencionado, logicamente se têm em mente as conexões sequenciais do estudo, já que uma delas é a ligação entre as bases de tratamento/respeito pelo indivíduo e as atuações do poder coercitivo (ligação constitucional-penal), formatando construções como a da Constituição Penal de Feldens¹⁸, ou ainda a própria superação do vício paleopositivista da modernidade (crença cega no sistema penal) que acaba por reforçar uma concepção “esencialista y metafísica que transformó la cuestión de los derechos humanos en un escenario de ciencia-ficción”¹⁹. Outra percepção não menos relevante percepção é a da umbilical

17 Carvalho, João Paulo Gavazza de Mello, “Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana”, in Schmitt, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais, direito e processo penal à luz da constituição federal*, Salvador, JusPodivm, 2007, pp. 294-295.

18 Feldens, Luciano, *A constituição penal*, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, pp. 23-24.

19 Carvalho, Salo, *op. cit.*, p. 166.



relação da dignidade humana e os princípios constitucionais penais dela decorrentes, como por exemplo, a proporcionalidade, intervenção mínima e ofensividade, todos funcionando como barreiras de contenção contra as incursões do Estado na esfera dos indivíduos²⁰.

Apesar da evidente conexão e da sua importância, tal constatação não impede uma violação direta ao princípio/direito supramencionado, bem como os ataques secundários a este fundamento, mais precisamente por meio dos princípios constitucionais-penais, já que tais danos infringem rupturas nos muros de legitimação²¹ do sistema punitivo (incongruência entre as normas penais e a base constitucional).

Posto isso, compreende-se que a defesa da dignidade humana é uma constante, seja ao constitucionalismo brasileiro (ou de qualquer outro país eu tenha a dignidade como base jurídico-constitucional) ou as interferências específicas do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, ao tratar-se das influências e aplicações do monopólio da força legítima do Estado, através das vias punitivas, conforme será aprofundado posteriormente, deve-se mencionar que juntamente às concepções jurídicas como a dignidade humana, outras adições filosóficas auxiliam na determinação de caminhos mais voltados ao tratamento digno dos seres humanos, como sempre relembram as distinções de Arendt sobre o poder (fruto do consenso social) e a violência, sendo que a última sempre se constitui em abuso coercitivo, almejando a submissão²².

Contudo, mesmo angariando fundamentações de origem filosófica e jurídica, isso não significa que a realidade não possa contradizer os objetivos traçados pelo constitucionalismo brasileiro, galgando uma realidade distinta e distante de um direito humano e fundamental à dignidade da pessoa humana. Fazendo uso de tais substratos nucleares, tanto das vias constitucionais quanto punitivas, tentar-se-á exibir uma crítica sólida sobre o tratamento incompreensível reservado a determinadas pessoas no Brasil, sendo que a aceitação de situações como essas funcionalizam a corrosão do Estado Democrático de Direito.

3. Riscos, medos e liquidez: um panorama da sociedade “pós-moderna”

De posse dos primeiros passos deste estudo, na direção da proteção da dignidade humana, inicia-se a contextualização social, tendo em vista que há uma pluralidade de aspectos a afetarem tanto os ditames da sociedade quanto do direito, fato esse presumível

20 Lima, Alberto Jorge Correia de Barros, *Direito penal constitucional, a imposição dos princípios constitucionais penais*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 17.

21 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas*, 5 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2001.

22 A autora apresenta distinções dos conceitos mencionados nas páginas seguintes. Arendt, Hannah, *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pp. 60-64.



pela interconexão desses dois sistemas. Deste modo, algumas facetas merecem menção no traçar da sociedade contemporânea (seja ela moderna ou “pós-moderna”), a iniciar pela chamada globalização, a qual costuma ter sua incidência associada a fenômenos econômicos, porém sua escala de abrangência e efeitos é muito mais ampla, resultando em alterações de cunho social, cultural, jurídico, dentre outros²³.

A compreensão da globalização adianta linhas de reconhecimento da própria sociedade hodierna, tal como o perfil “indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro”²⁴, sendo que tais características são retomadas em diversos textos, seja sobre o tema da globalização ou da “pós-modernidade”. Esta última, inclusive, ao ser estudada não se encontra como um marco de ruptura com a modernidade (tampouco encontra-se completamente estabelecida na doutrina, sendo ainda foco de pesquisas), pois ao mesmo tempo em que traz novos conteúdos/debates também comporta demandas do período anterior, embora deva-se frisar a sua consonância com a globalização ao denotar como características a incerteza, complexidade e indeterminações²⁵.

Posto isto, percebe-se que os indivíduos encontram-se hoje expostos a uma infinidade de situações difíceis, de complicado manejo e adaptação, haja vista a realidade “líquido-moderna” na qual estão inseridos²⁶, ou seja, os seres humanos são obrigados a lidar com a inconstância do mundo e suas variações, correndo constantemente em uma marcha para inserção no trem da nova modernidade ou da “pós-modernidade”, sob pena de restar abandonado no caminho.

A urgência de acomodação ao patamar exigido pela sociedade contemporânea induz ao pensamento voltado à lógica de mercado, está por sinal conduzindo ao caráter da ditadura das inovações (velocidade social) e adaptações constantes, de maneira que o “velho” ou “sem utilidade” merece o descarte rápido, portanto, imperiosa a tarefa de remoção do lixo²⁷. Nessa senda, o problema surge quando além deste pensamento pouco preocupado com o modo de vida, soma-se o despejo de pessoas consideradas inúteis ou indesejadas ao mesmo local dos produtos descartáveis, formando o refúgio humano.

23 Bernardes, Márcia Nina, “Globalização” in Barretto, Vicente de Paulo (Coord.), *Dicionário de filosofia do Direito*, São Leopoldo, RS, Unisinos; Rio de Janeiro, RENOVAR, 2009, p. 380.

24 Bauman, Zygmunt, *Globalização*, as consequências humanas, Rio de Janeiro, Zahar, 1999, pp. 66-67.

25 Chevallier, Jacques, *O estado pós-moderno*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, pp. 20-21.

26 Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005, p. 18.

27 Bauman, Zygmunt, *Vida para consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008, pp. 31 e 50.



Com fulcro nesse substrato capitalista acelerado reforça-se uma visão do ser humano como um objeto²⁸ ou talvez pensado unicamente em sua “utilidade”, rememorando o pensamento utilitarista. Ademais, seguindo essa lógica, os cidadãos defeituosos (maus consumidores, em um modelo de consumo) encaminham-se ao lixo, sem um caminho determinado de retorno a sociedade²⁹.

Todavia, o refugio humano não pode ser despejado junto aos produtos descartados, sendo necessário o seu encaminhamento a algum lugar e, a resposta a tal assertiva é dada pela combinação entre a globalização e os instrumentos coercitivos, consolidando uma espécie de modelo punitivo global, o qual deposita os indivíduos “falhos” na prisão³⁰. A constatação aludida é recrudescida pelo incremento dos aparatos coercitivos que visam desconstituir o cidadão como ser humano, relegando-o a condição de “não-pessoa” ou “inimigo”, visto que tal indivíduo não teria direitos (humanos ou fundamentais), estar-se-ia legitimando qualquer intervenção abusiva do Estado e do poder punitivo³¹.

Apesar do não reconhecimento aparente do uso de mecanismos como os supramencionados, a mais simples observação revela que instrumentos representativos do chamado “direito penal do inimigo”³² já vestiram as cores tupiniquins, como, por exemplo, no chamado regime disciplinar diferenciado. Embora seja importante frisar que além da incompatibilidade com a posição do presente estudo o uso dessa fundamentação distintiva entre seres humanos é completamente incompatível com o Estado de Direito e toda sua carga ético-jurídica³³, a começar pela ideia fundante de dignidade da pessoa humana.

No entanto, o uso do discurso do inimigo serve para no mínimo dois entendimentos: a) representar a simbologia formada pela óptica da prisão como depósito de seres humanos indesejados, confirmando análises sociológicas como a de Bauman; b) asseverar a crítica ao descompasso entre o pensamento constitucional do direito penal moderno e a política criminal posta em prática pelas vias estatais.

28 Sandel, Michael J, *O que o dinheiro não compra, os limites morais do mercado*, Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, pp. 9-16.

29 Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*, *op. cit.*, pp. 25-26.

30 *Ibidem*, pp. 81-83.

31 Carvalho, Salo, *op. cit.*, p. 162 e Fayet Júnior, Ney; Marinho Junior, Inezil Penna, “Complexidade, insegurança e globalização, repercussões no sistema penal contemporâneo”, em Fayet Junior, Ney; Maya, André Machado (Org.), *Ciências penais e sociedade complexa II*, Porto Alegre, Núria Fabris, 2009, pp. 311-312.

32 Jakobs, Günter; Meliá, Manuel Cancio, *Direito penal do inimigo, noções e críticas*, 4 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

33 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *O inimigo no direito penal*, 2 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 18.



A partir desse primeiro aporte adicionam-se ainda os componentes discursivos do risco e do medo, como forma não apenas de fundamentar intervenções coercitivas em um padrão globalizado (finalizado com o descarte humano), mas ao mesmo tempo alinhar um caminho de expansão penal dissociado dos ditames constitucionais da esfera criminal.

Dito isso, comenta-se os dois componentes citados, os quais auxiliam no reforço da lógica punitiva “pós-moderna”. Iniciando-se pelo risco, este se ampara em construções como a de Beck, o qual traça um panorama da sociedade galgado nos perigos do período pós-industrial, onde o pensamento científico não consegue mais dar respostas às complexidades das demandas da população, pois os riscos não obedecem fronteiras³⁴. O perfil dessa sociedade associa-se a fenômenos econômicos, sustentando a mesma aura de incerteza da globalização, reforçando-se sobre baluartes como o medo, a fim de embasar os perigos e as ameaças invisíveis (novos inimigos)³⁵.

A combinação do risco e do medo (este diferenciado do primeiro por Bauman por entender pela impossibilidade de precisar/calcular tais perigos)³⁶ conduz à procura por alvos a serem responsabilizados, permeando um raciocínio de causa e efeito (lógica cartesiana), o que se encaixa com facilidade nos modelos punitivos, de maneira a formatar um “refugo humano”³⁷ ou um “bode expiatório”³⁸. Soma-se a isso o alarme social a respeito de novas formas de criminalidade³⁹, expondo um quadro disseminado de violência e de acelerado “recrudescimento de algumas modalidades delituosas convencionais, causando um profundo impacto no sistema penal, que vem a ser questionado sob diferentes aspectos, em especial, relacionado à sua eficácia”⁴⁰.

Com fulcro no enunciado acima, confirma-se inclusive acepções de crise estatal⁴¹, ou como aduz Bauman, a produção de uma reação ao paradigma do risco/medo/liquidez com o aumento dos mecanismos punitivos, mais precisamente ocorre “a pas-

34 Beck, Ulrich, *Sociedade de risco*, rumo a outra modernidade, São Paulo, Editora 34, 2010, p. 71.

35 Augustin, Sérgio; Lima, Leticia Gonçalves Dias, “O controle jurisdicional da discricionariedade técnica e os conceitos indeterminados na sociedade de risco, o elemento coletivo na nova responsabilidade ambiental”, in Sparemberger, Raquel Fabiana Lopes; Augustin, Sérgio, *O direito na sociedade de risco, dilemas e desafios socioambientais*, Caxias do Sul, Plenum, 2009, p. 118.

36 Bauman, Zygmunt, *Medo líquido*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008, pp. 10-12.

37 Cf. Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*, *op. cit.*

38 Beck, Ulrich, *op. cit.*, p. 92.

39 Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi, *Medo e direito penal, reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

40 Fayet Júnior, Ney, *op. cit.*, p. 298.

41 Moraes, Jose Luis Bolzan de, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, pp. 18-19.



sagem do modelo de comunidade incluyente do ‘Estado social’ para um Estado excluyente, ‘penal’, voltado para ‘justiça criminal’ ou o ‘controle do crime’⁴².

Inúmeros demonstrativos das novas formas de criminalidade poderiam ser explanados, como a chamada ciberdelinquência⁴³, porém o que deve ser enaltecido é a característica do modelo de risco na exposição dos fatos pela mídia, sempre na direção de um crescimento alarmante e exponencial. Destarte, revelam-se os meios de comunicação como componentes inestimáveis no processo de fortalecimento dos medos e perigos em larga escala, determinando um traçado de proliferação punitiva⁴⁴.

O papel de destaque dos meios de comunicação⁴⁵ no carro alegórico da excessiva punição carnavalesca no Brasil é evidente, além de contar com requintes de desvio de atenção a outras demandas sociais⁴⁶, aufere como principal resultado a lesão às bases dos direitos humanos, do sistema constitucional e penal.

Afirma-se o prejuízo de forma abalizada na doutrina, a qual sempre define a expansão punitiva como um retrato da flexibilização de garantias, direitos humanos e fundamentais, bem como alinhavada por bens jurídicos “inovadores” em sua construção⁴⁷. Por óbvio que o fenômeno do hiperdimensionamento da esfera penal guarda vínculos com os marcos teóricos abordados (“pós-modernidade”, globalização, risco, medo, complexidade), porém o mais importante é a percepção ora defendida de que além de “sufocar o que se entende por Estado democrático de Direito”⁴⁸, estar-se-ia a opor toda a matriz constitucionalizada do direito penal (alicerçada na dignidade humana) a uma política criminal desconexa e incompatível, gerando ao seu final o descarte de seres humanos como se fossem objetos, em prisões que funcionam como verdadeiras lixões.

4. Crise do sistema penal e a prisão como depósito de seres humanos

A pauta anterior desse estudo deixa clara a situação de incongruência gerada para o direito constitucional-penal, já que diante da estruturação social levantada, percebe-se

42 Cf. Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*, *op. cit.*

43 Sánchez, Jesús-María Silva, *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 35-36.

44 Callegari, André Luís; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi, *Sistema penal e política criminal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

45 Sánchez, Jesús-María Silva, *op. cit.*, p. 47.

46 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Vasconcellos, Fernanda Bestetti, “Visões da sociedade punitiva, elementos para uma sociologia do controle penal”, in Gauer, Ruth Maria Chittó (Coord.), *Sistema penal e violência*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 50-51.

47 Sánchez, Jesús-María Silva, *op. cit.*, p. 28.

48 Fayet Júnior, Ney, *op. cit.*, p. 310.



que alguns conteúdos basilares do direito pátrio são ceifados (tal qual a dignidade humana – tratamento dos indivíduos como objetos) e acabam por corroer os alicerces do sistema penal, aceitando prontamente um modelo punitivo global. Dito isso a concepção de crise da esfera criminal abarcaria as noções de: a) crise de legitimidade (discussão quanto à justificativa do uso dos meios coercitivos estatais); b) crise do direito penal (pondo em xeque o próprio modelo punitivo e sua utilidade social); c) “e, ainda, a crise de legitimação epistemológica (de validade científica)”⁴⁹.

Todavia, a percepção dos problemas do sistema penal não se deu apenas pela verificação fenomenológica, ou pela observação da desconexão entre a matriz teórica constitucional do direito penal e a política criminal (inversão na tutela dos direitos humanos)⁵⁰, mas também esse mesmo diagnóstico vinha sendo aplacado por teóricos das ciências criminais, os quais se esforçavam para expor as mazelas e defeitos da edificação coativa estatal. Neste sentido cabe mencionar que algumas dessas teorias trazem oposições extremistas, contudo, sua análise pode ser contextualizada sob o filtro de substratos mais ponderados, com os quais se filia esta pesquisa, em outras palavras, adota-se aqui um posicionamento garantista, seguindo uma linha de pensamento constitucional-penal.

A posição referida, no sentido garantista, será retomada, entretanto, por ora cabe alusão a uma parcela das críticas teóricas supramencionadas, como se dá em algumas correntes minimalistas e abolicionistas da criminologia. Uma das primeiras leituras de teóricos abolicionistas conduz à conexão com argumentos já referidos por sociólogos e juristas, tal qual no tocante ao tratamento de seres humanos como dejetos, tendo o sistema punitivo um modelo industrial de remoção dos elementos indesejados⁵¹.

Assim, segundo Hulsman, não se poderia confiar uma declaração de pena legítima do sistema penal, haja vista a sua irracionalidade⁵², e juntamente a tal concepção adicionam-se conclusões de teorias mais antigas, como a do *labeling approach*, corroborando o caráter desigual de incidência do sistema penal que determinaria o combate dos “desajustados” ao modelo social, baseando-se na visão das elites dominantes⁵³. Essa combinação reverbera na óptica industrial/prisional, visto que com tal embasamento determinadas faixas sociais são sempre selecionadas a ingressar na rede estatal da punição.

49 *Ibidem*, p. 294.

50 Carvalho, Salo, *op. cit.*, p. 167.

51 Christie, Nils, *A indústria do controle do crime*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 1.

52 Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de, *Penas perdidas, O sistema em questão*, 2 ed. Rio de Janeiro, Luam, 1997, p. 27.

53 Baratta, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 2002, p. 89. Nesse sentido também aduz a obra de Robert, Philippe, *Sociologia do crime*, Petrópolis, Vozes, 2007, pp. 110-117.



A lógica exposta é reforçada ainda no marco do *labeling approach*, já que esta deduz a chamada criminalização secundária, a partir da figuração de uma identidade desviante⁵⁴, ou seja, imputa-se o estigma (na construção de Goffman)⁵⁵ do criminoso ao indivíduo e esse padecerá do destino circular, impulsionado pelo sistema, a retornar (praticamente) eternamente ao mundo do crime.

Desse modo, a partir da distribuição desigual do sistema penal, capaz de segregar indivíduos, outras conclusões foram sendo formadas como o sofrimento mal distribuído pelo mesmo motivo, a falta de efeitos positivos sobre os envolvidos e a dificuldade de controlar o poder punitivo⁵⁶. Igualmente outras falhas são apontadas nas construções teóricas, algumas reincidindo em pensamentos anteriores, tal qual na demonstração da influência dos veículos de comunicação (formação da opinião pública), ou ainda em um novo aspecto, o funcionamento desconectado entre os operadores do sistema punitivo⁵⁷.

O quadro de equívocos cometidos pelo sistema penal é extenso, conforme imputam as apreciações, porém não se coaduna com a possibilidade de extinguir o mesmo, tendo em vista que a sua obliteração marcaria um retrocesso (retomada da vingança). Essa linha de pensamento leva ao encontro de ideias mais ponderadas, no sentido dos minimalistas ou do direito penal mínimo, marcando uma retração da esfera penal a um número reduzido de situações realmente relevantes e ao mesmo tempo sanando as incongruências apontadas.

Cabe lembrar que mesmo os teóricos abolicionistas vislumbram a perspectiva do direito penal mínimo ao menos como uma fase de seus projetos⁵⁸, bem como cabe aqui a alusão aos estudos de Ferrajoli que consegue afastar as teorias abolicionistas, demonstrando seu caráter moralista-utópico e nostálgico-regressivo, ao proporem retornos à sociedade destituída de direito (especialmente penal) ou ofertando proposta vagas, pouco objetivas e métodos primitivos para solução de conflitos⁵⁹.

Contudo, conforme já havia sido adiantada, a postura da pesquisa em tela se dá em uma linha constitucional-penal (seguindo o direito penal mínimo), voltada, por conseguinte, aos ideais garantistas⁶⁰, os quais em sua apreciação deixam claro que os estu-

54 Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 89.

55 Cf. Goffman, Erving, *Estigma, notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 4 ed. Rio de Janeiro, LTC, 1988.

56 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas, op. cit.*, p. 98.

57 Hulsman, Louk y Celis, Jacqueline Bernat de, *Penas perdidas. O sistema em questão*, 2 ed. Rio de Janeiro, Luam, 1997, pp. 55-59.

58 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas, op. cit.*, p. 105.

59 Ferrajoli, Luigi, *Direito e razão, teoria do garantismo penal*, 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 233-234.

60 *Ibidem*, p. 101. Complementa o autor seguinte apresentando a conexão da intervenção míni-



diosos abolicionistas acertam o diagnóstico da doença do sistema punitivo, mas equivocam-se no tratamento ao paciente. Dito isso, apenas como menção de esclarecimento, expõe-se que a postura garantista encontra-se adequada ao direito constitucional-penal brasileiro, visto que o centro desta teoria é o princípio da legalidade (dedutível dos ditames da dignidade humana), funcionando como coluna mestra do composto criminal, conectando-se aos demais princípios (ofensividade, intervenção mínima, etc.) de modo a resguardar os direitos humanos e fundamentais do ser humano no exercício do poder punitivo estatal⁶¹.

A partir dessa fundamentação não é possível concordar com o atual panorama prisional, já que este se consolida ao final do sistema punitivo como uma ofensa às bases defendidas pelo pensamento constitucional-penal (garantista). Posto isso inegável a expansão do depósito humano, visto que diante do contexto social “pós-moderno” diagramado anteriormente, há “uma oferta ilimitada de atos que podem ser definidos como crimes” criando “também possibilidades ilimitadas de travar uma guerra contra todas as espécies de atos indesejados”⁶².

A clarificação das nuances da prisão precisam ser comentadas (embora não se pretenda discutir as teorias de fundamentação da pena)⁶³, para ao final se apresentar crítica e alternativas com base no mesmo substrato teórico constitucional-penal que sustenta a pesquisa. Assim, enfatiza-se que o estudo da pena prisional leva ao entendimento de seu objetivo, em especial a sua alteração de acordo com Foucault, em determinado momento histórico, quando o poder punitivo abandona o suplício sobre o corpo do apenado e concentra-se na alma⁶⁴, e para tal tarefa a prisão presta-se perfeitamente (por vezes combinando os dois aspectos).

Nesta senda, obviamente em uma averiguação mais contemporânea, Baratta deixa clara a capacidade do cárcere de marcar a alma e a vida do indivíduo, gerando consigo o processo de segregação, o que seria nada mais do que a continuidade do processo seletivo do mecanismo penal, o qual já apresenta seu foco direcionado a determinadas classes e pessoas inconvenientes⁶⁵. Embora a tendência em prol de uma recomposição

ma com a dignidade humana, e com outras normas contidas no texto constitucional brasileiro. Lima, Alberto Jorge Correia de Barros, *op. cit.*, pp. 70-71.

61 *Ibidem*, pp. 91-93. Igualmente preleciona o autor Ippolito, Dario, “O garantismo de Luigi Ferrajoli”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, 2011, pp. 37-38.

62 Christie, Nils, *op. cit.*, p. 14.

63 O autor a seguir apresenta construção explicativa sobre as principais teorias. Bitencourt, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão*, causas e alternativas, 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 101 e ss.

64 Foucault, Michel, *Vigiar e punir*, 27 ed. Petrópolis, Vozes, 2003, p. 18.

65 Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 167.



e reinserção social tenha sido apontada como caminho correto ainda no século XX⁶⁶, a realidade é que a forma de implementação prisional hodierna produz “efeitos contrários à reeducação e a reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa”⁶⁷, contando para tanto com componentes de violência, submissão, desconfiança destes “refugos humanos”.

Acrescenta-se como observação as palavras de Azevedo acerca dos efeitos causados ao apenado durante sua reclusão, de modo a compreender a amplitude e o potencial lesivo dos “modernos” institutos prisionais.

Nos presos, as condições de reclusão produzem conseqüências físicas e psíquicas que contribuem também para o aumento da violência intramuros. A rotina carcerária favorece o consumo abusivo de drogas, como mitigador da angústia produzida pelo ócio e freqüentes situações de superlotação. O sistema penal opera ainda como um grande “concentrador” de doenças, potencializando situações de vulnerabilidade anteriores, relacionadas à origem social da maioria da população penitenciária, integrada pelos setores sociais mais vulneráveis e socialmente desfavorecidos⁶⁸.

As conseqüências aludidas compactuam com a noção de crise, tanto do sistema penal quanto o carcerário, sendo que este último não conta com as condições mínimas para alcançar seus objetivos (como a suposta reabilitação), em outras palavras sua crise não é uma mera dedução de sua natureza/essência e sim um “resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário”⁶⁹.

Dessa forma, a visão expansionista do direito penal produz efeitos deletérios sobre o plano prisional, tendo se apresentado “mais intransigente e segregador, baseado sobretudo num discurso da necessidade de endurecimento das penas”, juntamente com isso as “unidades especiais de encarceramento são as instituições exemplares desse novo paradigma punitivo, instituições que abandonam quase totalmente a perspectiva de recuperação do indivíduo criminoso para seu retorno à sociedade”⁷⁰.

66 Teixeira, Alessandra *et al.*, “O sistema prisional, um debate necessário”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 67, p. 233, jul, 2007. Disponível em www.rtonline.com.br. Acesso em 01 de agosto de 2012.

67 Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 183.

68 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Vasconcellos, Fernanda Bestetti, “Punição e democracia, em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social”, in Gauer, Ruth Maria Chittó, *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*, Porto Alegre, Edipucrs, 2008, pp. 102-103.

69 Bitencourt, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 157.

70 Teixeira, Alessandra *et al.*, *op. cit.*



O aumento da população carcerária apresenta motivos múltiplos, mas alguns deles são conhecidos, como os processos de expansão penal e de crise do mercado de trabalho capitalista, os quais estão ligados de modo a lidar com a população supérflua, seguindo uma lógica de controle que, inclusive, “sempre prevaleceu no Brasil, em detrimento da lógica disciplinar”⁷¹. Com base no prisma anterior a consequência dedutível e inevitável é a superlotação, a qual gera um ambiente semelhante a masmorras medievais, sendo que tal síndrome esta comprovada no seio prisional por meio dos dados de pesquisas empíricas neste sentido⁷².

A situação em comento resta ainda agravada pela política criminal imposta no que tange às prisões provisórias, visto que a exceção vira regra quando no mínimo um terço dos presos no Brasil, no ano de 2007, encontrava-se detido sem a decisão judicial do caso⁷³, sendo que tais dados podem ser reforçados pelos resultados de 2010, onde foram concluídos que 44% dos indivíduos que ocupavam as casas prisionais estavam em situação provisória⁷⁴. Somente como adendo tal índole é uma característica do modelo punitivo global, pois é facilmente averiguada em toda a América Latina (chegando ao número de três quartos do total de presos na situação de retenção preventiva)⁷⁵.

Dito isso, percebe-se que o sistema punitivo na sua faceta final encontra-se destruído, já que as fissuras no dique da prisão já denotam sua fragilidade, bem como possibilitam inserções mercadológicas, tais como a privatização dos presídios, adotando um pensamento de origem neoliberal como solução para a elevada demanda de lixo humano⁷⁶. Essa prática já era criticada por autores como Christie, imputando como motivação a ideias desse calibre o pensamento lucrativo, mais especialmente, de que “prisões significam dinheiro”, sendo tal fato associado tanto à perspectiva pública quanto privada⁷⁷.

Apesar da visível importação de conceitos e práticas externas, a realidade prisional nacional em pouco se distingue de outros países, demonstrando o acerto das variadas avaliações expostas, ou seja, seja sob o viés dos direitos humanos, constitucional,

71 Cymrot, Danilo, “As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira”, in Augusto de Sá, Alvino; Tangerino, Davi Paiva Costa; Shecaira, Sérgio Salomão (Coord.), *Criminologia no Brasil, história e aplicações clínicas e sociológicas*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011, p. 46.

72 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Vasconcellos, Fernanda Bestetti, “Punição e democracia, em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social”, *op. cit.*, p. 95.

73 *Ibidem*, p. 95.

74 GLOBO. G1. Disponível em <g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/infografico-mostrasi-tuacao-de-presos-provisorios-nos-estados.html>. Acesso em 27 de fevereiro de 2013.

75 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *O inimigo no direito penal*, *op. cit.*, p. 70.

76 Cymrot, Danilo, *op. cit.*, p. 47.

77 Christie, Nils, *op. cit.*, p. 101.



sociológico, jurídico-penal ou criminológico, resta clara a desconexão entre os ditames basilares do sistema constitucional-penal e a prática vigente no tocante à política criminal. Destarte, o modelo punitivo global alcança seus fins e produz constantemente refugo humano a ser despejado nas prisões, porém essa conduta acaba por vulnerar o Estado de Direito e as esferas jurídicas brasileiras (em especial os planos constitucionais e penais).

Dessa maneira são necessárias alternativas a tal situação, a primeira delas constitui-se na simples filiação entre o pensamento constitucional-penal (pautada pela dignidade humana), de índole garantista, ora defendido, às práticas da política criminal, de modo a reverter o panorama de expansão punitiva e formatar um novo modelo de estrutura jurídico-penal. Essa proposta, apesar de óbvia, vem sendo ignorada há muito tempo, resultando em diversos prejuízos ao sistema punitivo, quando na realidade essa deveria ser a posição padrão, já que o prisma defendido e abalizado está alinhado com os fundamentos axiológicos da Constituição, dos direitos humanos e do direito penal.

Delimitada a reforma basilar, impõe-se a revisão da sistemática carcerária no país, haja vista a sua total falta de condições para abrigar qualquer ser humano. A melhoria das condições de saneamento, oportunidades educacionais, trabalhistas, interação social e comunitária, são o mínimo a ser efetivado, porém devem-se abrir os olhos para ideias diferenciadas (sem, contudo, cair nas armadilhas de mercado) como nos casos das políticas públicas de segurança municipal (com índole claramente preventiva)⁷⁸ ou ainda as APACs⁷⁹ (associações de proteção e assistência aos condenados) e CRs (centros de ressocialização), reservadas a condutas de baixa ou média periculosidade, as quais visam dar um tratamento diferenciado, em um sentido humanitário, às pessoas integrantes das casas de detenção, possibilitando não somente maiores oportunidades de reinserção social, mas também de uma co-relação mais adequada do Estado para com os indivíduos submetidos ao sistema penal.

Ademais, cabe aludir brevemente que ambas as alternativas aludidas (APACs e CRs) apresentam como metodologia de abordagem a humanização dos indivíduos, associando-se diversos objetivos diferenciados durante o processo de reinserção social e, logicamente, tais aspectos são reforçados por dados de pesquisas extremamente positivos, apontando índices de reincidência de no máximo 10% (contrastando com o atual sistema que apresenta um índice de 85%)⁸⁰.

78 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Vasconcellos, Fernanda Bestetti, “Punição e democracia, em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social”, *op. cit.*, pp. 106-109.

79 APAC. Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Disponível em: <dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55>. Acesso em 27 de fevereiro de 2013.

80 Schorscher, Vivian, *op. cit.*, p. 298.



Os novos modelos e práticas sugeridas não servem aqui como resposta total aos problemas enfrentados, de modo a compreendê-las como uma redução de danos⁸¹ diante do quadro prisional medieval brasileiro que atinge os direitos humanos. Por isso as hipóteses levantadas buscam introduzir modificações em busca de melhorias, projetando tanto a curto prazo na questão das alternativas prisionais como a longo prazo com a mudança no paradigma punitivo globalizado contemporâneo.

Portanto, a modificação do perfil punitivo hodierno é uma imposição a partir da leitura constitucional-penal (garantista) e de direitos humanos, a qual fundamenta não somente a revisão das conexões com a política criminal, mas obriga a reestruturação do modelo prisional brasileiro, para com isso extirpar todos os atos redutores do valor do indivíduo em sua humanidade, bem como possibilitando verdadeiras formas de reinserção social.

5. Considerações Finais

A pesquisa exposta traz medidas iniciais de um processo de aprofundamento acerca da crise do sistema constitucional-penal, sendo que a dimensão deste fenômeno implica não somente na densidade dos debates, mas ao mesmo tempo na impossibilidade de esgotamento do tema em tão poucas linhas. Embora não seja possível esgotar o debate, faz-se isso seguindo a linha do pensamento constitucional, alinhavado pela dignidade humana, pelos direitos humanos e fundamentais, de modo a consolidar bases sólidas para crítica ao modelo coercitivo estatal e suas incongruências.

Dito isso, além dos ditames constitucionais como sustentáculo, tem-se a importância da análise do contexto social, seja ele moderno ou “pós-moderno”, haja vista que por meio dela torna-se possível mensurar questões como a globalização ou as bases discursivas de fundamentação punitiva.

Neste norte, o contumaz uso de argumentações galgadas no plano do risco e medo acaba por remeter à apreciação das noções da chamada sociedade de risco, a qual faz uso do alarde social para sustentação de práticas excessivamente punitivas, juntamente a outros fatores contemporâneos como a complexidade, liquidez e o pavor/medo causado pelas incertezas da contemporaneidade, recrudescendo as práticas coercitivas estatais. Com fulcro nestes parâmetros a compreensão do potencial da mídia, aliada aos planos de expansão penal (por vezes embasadas em teorias como o direito penal do inimigo), traz luz à formação de um modelo punitivo global, o qual cresce dia a dia e acaba sobrepondo a política criminal a todos os ditames do sistema penal.

81 Carvalho, Salo, *op. cit.*, p. 169.



Posto isso, apesar da análise inicial já denotar o tratamento de dejetos ofertado a determinadas pessoas, jogadas à prisão, funcionando como um lixão humano, insere-se ainda o componente da crise do sistema penal, o qual já contando com a contribuição das teorias críticas auferiu um conteúdo de apontamentos de suas principais falhas e igualmente das possíveis soluções. Esse prisma reflexivo recebe auxílio de marcos como o abolicionismo, minimalismo e do garantismo, sendo que a especial atenção ao primeiro se dá pelo acerto de suas críticas (apesar do equívoco de suas propostas de “solução”), porém a adoção de um posicionamento alinhado com as duas últimas guarda suas razões no caráter mais ponderado de suas propostas, devidamente alinhadas aos parâmetros constitucionais brasileiros, bem como contando com a possibilidade de sanar os vícios do sistema penal.

Os problemas da incompatibilidade da matriz defendida com as posturas expansionistas da política criminal apontam a raiz da crise do sistema, todavia, permeia-se também a indagação acerca das demandas específicas do final da mesma esfera, em outras palavras, a prisão. A realidade do cárcere nacional remonta aos mais cruéis castigos medievais, funcionando como latrinas onde são jogados os indivíduos descartáveis, os quais são tratados como objetos/não pessoas, ou seja, inexistente preocupação com suas condições, pois são tratados como “refúgio humano”.

Os dados acerca dos principais problemas do sistema penitenciário expõem não apenas o fracasso do modelo ou o acerto da visão sociológica, mas os efeitos dos pensamentos conflitantes (direito constitucional-penal x política criminal) aliado ao abandono dos objetivos de reinserção e auxílio ao cidadão que conflita com a lei. Portanto, o resgate dos objetivos humanizadores é uma imposição ao pensamento da restrição da liberdade (pensado também como exceção e não regra), de modo a construir um resultado próprio e não a importação de ideias estrangeiras, fundadas em visões distantes das desigualdades sociais brasileiras.

Diante do exposto, o realinhamento das bases teóricas e pragmáticas do sistema punitivo, permeando um caminho constitucional-penal (garantista) (e de direitos humanos) deve necessariamente afetar a realidade prisional, de maneira a afastar os tratamentos desumanos (juntamente com as teorias punitivistas), abrindo as portas de novas propostas de restrição de liberdade (políticas preventivas, sistemas diferenciados –APACs, CRs– dentre outros), transformando a prisão ou o próprio sistema penal não em um depósito de pessoas rejeitadas, mas em um local de oportunidades de verdadeira reinserção social e, sobretudo, de respeito à dignidade humana, a qual nenhuma pena está legitimada a tolher.



Referências

- Arendt, Hannah, *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.
- Augustin, Sérgio; Lima, Letícia Gonçalves Dias, “O controle jurisdicional da discricionariedade técnica e os conceitos indeterminados na sociedade de risco, o elemento coletivo na nova responsabilidade ambiental”, in Sparemberger, Raquel Fabiana Lopes; Augustin, Sérgio, *O direito na sociedade de risco, dilemas e desafios socioambientais*, Caxias do Sul, Plenum, 2009.
- Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Vasconcellos, Fernanda Bestetti, “Punição e democracia, em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social”, in Gauer, Ruth Maria Chittó, *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*, Porto Alegre, Edipucrs, 2008.
- Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Vasconcellos, Fernanda Bestetti, “Visões da sociedade punitiva, elementos para uma sociologia do controle penal”, in Gauer, Ruth Maria Chittó (Coord.), *Sistema penal e violência*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- Baratta, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 2002.
- Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- Bauman, Zygmunt, *Globalização, as consequências humanas*, Rio de Janeiro, Zahar, 1999.
- Bauman, Zygmunt, *Medo líquido*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008.
- Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.
- Bauman, Zygmunt, *Vida para consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2008.
- Beck, Ulrich, *Sociedade de risco, rumo a outra modernidade*, São Paulo, Editora 34, 2010.
- Bernardes, Márcia Nina, “Globalização” in Barretto, Vicente de Paulo (Coord.), *Dicionário de filosofia do Direito*, São Leopoldo, RS, Unisinos; Rio de Janeiro, RENOVAR, 2009.
- Bitencourt, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão, causas e alternativas*, 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2004.
- Callegari, André Luís; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi, *Sistema penal e política criminal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, *“Brançosos” e interconstitucionalidade, itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2 ed. Coimbra, Almedina, 2008.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, 7 ed. Coimbra, Almedina, 2004.
- Carvalho, João Paulo Gavazza de Mello, “Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana”, in Schmitt, Ricardo Augusto (Org.), *Princípios penais constitucionais, direito e processo penal à luz da constituição federal*, Salvador, JusPodivm, 2007.
- Carvalho, Salo, “Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos, ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos”, *Revista de derechos humanos y estudios sociales (REDHES)*, Año 1. n° 1 – enero-junio, 2009.
- Chevallier, Jacques, *O estado pós-moderno*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- Christie, Nils, *A indústria do controle do crime*, Rio de Janeiro, Forense, 1998.



- Cymrot, Danilo, “As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira”, in Augusto de Sá, Alvino; Tangerino, Davi Paiva Costa; Shecaira, Sérgio Salomão (Coord.), *Criminologia no Brasil, história e aplicações clínicas e sociológicas*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.
- Fayet Júnior, Ney; Marinho Junior, Inezil Penna, “Complexidade, insegurança e globalização, repercussões no sistema penal contemporâneo”, in Fayet Junior, Ney; Maya, André Machado (Org.), *Ciências penais e sociedade complexa II*, Porto Alegre, Núria Fabris, 2009.
- Feldens, Luciano, *A constituição penal*, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Direito e razão, teoria do garantismo penal*, 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- Foucault, Michel, *Vigiar e punir*, 27 ed. Petrópolis, Vozes, 2003.
- Goffman, Erving, *Estigma, notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 4 ed. Rio de Janeiro, LTC, 1988.
- Hesse, Konrad, *A força normativa da constituição*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1991.
- Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de, *Penas perdidas, O sistema em questão*, 2 ed. Rio de Janeiro, Luam, 1997.
- Ippolito, Dario, “O garantismo de Luigi Ferrajoli”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, 2011.
- Jakobs, Günter; Meliá, Manuel Cancio, *Direito penal do inimigo, noções e críticas*, 4 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- Kant, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução de António Pinto de Carvalho, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1964.
- Lima, Alberto Jorge Correia de Barros, *Direito penal constitucional, a imposição dos princípios constitucionais penais*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- Morais, Jose Luis Bolzan de, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética e direitos humanos*, Tradução de Nélio Schneider, São Leopoldo, UNISINOS, 2011.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 9 ed. Madrid, Tecnos, 2005.
- Robert, Philippe, *Sociologia do crime*, Petrópolis, Vozes, 2007.
- Llobet Rodriguez, Javier, *Derechos humanos y justicia penal*, Heredia, Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007.
- Sánchez Rubio, David; Senent de Frutos, Juan Antonio, *Teoría crítica del derecho, nuevos horizontes*, Sevilla, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispal, 2013.
- Sánchez, Jesús-María Silva, *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- Sandel, Michael J, *O que o dinheiro não compra, os limites morais do mercado*, Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012.



- Sarlet, Ingo Wolfgang, “Dignidade da pessoa humana – parte II”, in Barretto, Vicente de Paulo (Coord.), *Dicionário de filosofia do Direito*, São Leopoldo, RS, Unisinos; Rio de Janeiro, RENOVAR, 2009.
- Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, 5 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- Sarlet, Ingo Wolfgang, “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil, Disponível em, <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em, 23 de Março de 2013.
- Schorscher, Vivian, “As Apacs (associações de proteção e assistência aos condenados) e os CRs (centros de ressocialização), sua história e suas ideias”, in Augusto de Sá, Alvíno; Tangerino, Davi Paiva Costa; Shecaira, Sérgio Salomão (Coord.), *Criminologia no Brasil, história e aplicações clínicas e sociológicas*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.
- Streck, Lenio Luiz, *O que é isto – decido conforme minha consciência*, 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- Teixeira, Alessandra *et al.*, “O sistema prisional, um debate necessário”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 67, p. 233, jul, 2007. Disponível em <www.rtonline.com.br>. Acesso em 01 de agosto de 2012.
- Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi, *Medo e direito penal, reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas*, 5 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2001.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *O inimigo no direito penal*, 2 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007.