

Do Garantismo Penal ao Garantismo Radical: por um sistema criminal mais humano e justo nos países latino-americanos

Brenda Caroline Querino Silva¹
Luiz Fernando Kazmierczak²

Introdução

Embora possuam, em sua maioria, constituições fortes na garantia de direitos fundamentais sociais, os países da América Latina veem o reflexo de sua grave desigualdade social e ineficientes políticas públicas de efetivação dos direitos mínimos dos cidadãos nos altos índices de encarceramento, muito além da média mundial.

Muitas discussões pairam sobre os objetivos do Direito Penal e da pena carcerária, muitas foram as tentativas de justificá-los, todavia, o que pode ser concretizado hoje é que o cárcere, como instituição total e completamente violadora dos direitos fundamentais dos sujeitos, é injustificável.

Nesse viés, a pena privativa de liberdade como castigo corporal e psicológico, ferramenta para a perpetuação das desigualdades e marginalizações, não consegue ser justificada para além de um meio para a sociedade hegemônica se vingar e reproduzir a violência nos transgressores das normas por ela impostas.

Dessa forma, imperioso ressaltar que pensar em Estado Democrático de Direito não é encarar a democracia como meio de se alcançar a máxima felicidade para o maior número de pessoas, pois, com isso, estariam plenamente

¹Brenda Caroline Querino Silva, Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Graduada pela mesma instituição. Brasileira. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: brendaquerino@hotmail.com.

²Luiz Fernando Kazmierczak, Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado pela mesma instituição. Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Mestrado). Autor da obra “Terrorismo: direito penal constitucional e os limites de criminalização” (Juruá, 2017). E-mail: lfkaz@uenp.edu.br.

justificadas todas as atrocidades que acontecem no sistema carcerário, uma vez que seriam meios para se concretizar a segurança e a felicidade da maioria não presa.

Sob essa perspectiva, a minoria encarcerada permaneceria sem ser ouvida e sem participação nas decisões que as afetam diretamente, sua história pouco importaria, sua saúde física e psicológica, bem como a de suas famílias não seriam importantes e todas as violações de suas garantias fundamentais seriam irrelevantes quando pensadas no contexto de bem-estar da maioria.

Essa interpretação de democracia encoraja a sociedade do bem-estar social a não se importar com as desigualdades sociais e as desumanidades que ocorrem com as minorias, sendo uma das justificativas para o populismo penal e os clamores pelo endurecimento do sistema criminal. Essa sociedade acaba por ser o reflexo do sistema carcerário reprodutor de desigualdades, marginalizações e atrocidades.

Nesse sentido, busca-se efetivar o conceito de democracia constitucional trazido por Luigi Ferrajoli como a noção de democracia condizente com o Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como a perspectiva de garantismo penal radical de Iñaki Rivera Beiras como uma alternativa ao sistema punitivo desumano e violador de preceitos fundamentais.

Para tanto, através do método indutivo, em primeiro momento, analisa-se o cenário carcerário da América Latina, percorre-se o caminho dos conceitos de democracia política e democracia constitucional de Luigi Ferrajoli, bem como as noções do autor quanto ao garantismo penal e à contradição institucional do cárcere. Em segundo momento, analisa-se as principais tentativas de justificar a pena privativa de liberdade por meio das teorias jutificacionistas e o atual estado da arte dos países latino-americanos.

Por derradeiro, analisa-se os pressupostos de Iñaki Rivera Beiras por meio de alternativas capazes, de imediato, promover o desencarceramento do sistema, e, com isso, o restabelecimento de laços sociais de humanidade, almejando, contudo, um garantismo radical capaz de erradicar a pena privativa de liberdade tão violadora de direitos fundamentais e um grave atentado ao Estado Democrático de Direito.

Entre a Democracia Constitucional e o Garantismo penal: a contradição institucional sob o viés de Luigi Ferrajoli

De acordo com dados extraídos do Institute for Criminal Policy Research (ICPR) e da Organização das Nações Unidas (ONU) apresentados pelo Instituto Igarapé (Vilalta e Fondevila, 2019), a população carcerária da América Latina mais que dobrou desde 2000, havendo a estimativa de 241 detentos para cada 100 mil habitantes em 2018 contra 118,8 detentos para a mesma proporção de habitantes em 2000.

Nesse sentido, a população carcerária da América Latina em 2018 chegou ao patamar de 1,4 milhões, no mesmo momento em que a população carcerária mundial foi estimada em 10,4 milhões de pessoas, sendo aproximadamente 144 detentos a cada 100 mil habitantes. Aponta-se que na última década houve o maior crescimento da população carcerária da América Latina, muito além do crescimento populacional da região (Vilalta e Fondevila, 2019).

Assinala-se que o crescimento da taxa de encarceramento da América Latina “está relacionado ao aumento de medidas e políticas punitivas da região” que se dá, dentre outras razões, “pelo fracasso das instituições públicas em resolver a criminalidade e a pobreza”, bem como pela “decepção com processos democráticos e com políticas econômicas neoliberais” (Vilalta e Fondevila, 2019).

O modelo de encarceramento que tem por base a pena privativa de liberdade, fenômeno com grande incidência nos países latino-americanos – dentre estes o Brasil possui a maior taxa de encarceramento, totalizando 607 mil pessoas encarceradas, logo após vem o México com 255 mil pessoas e a Colômbia com 121 mil (Vilalta e Fondevila, 2019) – é incapaz de assegurar as garantias fundamentais dos detentos, constituindo-se em um modelo de atrocidades e violações de direitos, uma instituição total que ofende o Estado Democrático de Direito.

Partindo da conjectura de uma sociedade democrática como plano de fundo, Ferrajoli aponta “o dever ser da pena carcerária em sociedade baseada nos valores da democracia” (2006, p. 20), analisando a democracia política como incapaz de sustentar uma axiologia democrática e garantista do direito penal.

Sob esse viés, compreende-se a democracia política como a que ampara “o poder e vontade do povo, e, portanto, da maioria”, segundo a qual, dessa forma, estaria autorizado o direito penal máximo, ou seja, máximo repressivo e privado de limites e garantias, uma vez que, como instrumento da maioria, o direito penal torna-se uma ferramenta de defesa social contra as minorias desviadas (Ferrajoli, 2006, p. 20).

Em se tratando da democracia brasileira, o desrespeito pelos direitos individuais e pela justiça representa o principal desafio à sua expansão para além do sistema político (Caldeira, 2000, p. 11), uma vez que, ao longo dos anos, consolidou-se a perspectiva de que devem ser traçados os caminhos necessários para se alcançar a máxima segurança e felicidade da maioria em detrimento dos direitos e garantias daqueles que atentem contra o bem-estar geral.

Essa perspectiva social e política sobre o crime e o criminoso pode ser facilmente observada quando se analisa o modelo de sistema carcerário latino-americano, em especial o brasileiro, com a superlotação, a total falta de infraestrutura e as condições inumanas a que os presos estão submetidos, e, na mesma direção, as discussões sobre novas tipificações penais, aumentos de pena e a política de “tolerância zero” anunciada diariamente pelo governo federal de forte convicção conservadora e autoritária.

Tudo isso significa que entre garantismo penal e democracia política, entre segurança e liberdade, entre defesa social e direitos dos acusados e depois processados e detidos, existe uma antinomia. Na batalha pelo garantismo penal, escreveu Norberto Bobbio, tem sido sempre uma “batalha de minorias” (Ferrajoli, 2006, p. 21).

Por garantismo, segundo Ferrajoli (2006, p. 10), compreende-se um modelo de direito orientado a garantir direitos subjetivos aos cidadãos. Por sua vez, considera-se direito subjetivo “uma expectativa a qual corresponde uma obrigação”, assim, “a uma expectativa positiva corresponde uma obrigação positiva de prestação, a uma expectativa negativa corresponde uma obrigação negativa de não lesionar” (Ferrajoli, 2001, p. 58).

Depreende-se, assim que, em se tratando de um Estado Democrático, constituem-se expectativas de todos os cidadãos o direito à dignidade da pessoa humana, à vida e o direito à não ser submetido a tortura, tampouco tratamento

desumano ou degradante, expectativas constantemente negadas e frustradas a todos aqueles que compõem os vários números do sistema carcerário do país.

Dentre os diversos tipos e significados de garantismo, o garantismo penal encontra-se no prisma do garantismo liberal, buscando a defesa dos direitos de liberdade, principalmente a liberdade pessoal, frente as intervenções policiais e judiciais arbitrárias (Ferrajoli, 2006, p. 10). Segundo Ferrajoli (2006, p. 11), garantismo penal é sinônimo de direito penal mínimo e corresponde a um modelo teórico e normativo de direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva, compondo-se de limites estritos impostos à tutela dos direitos das pessoas.

Em análise da teoria de Ferrajoli, Casari e Giacóia (2016, p. 256) apontam que “a perspectiva garantista retira do Estado Democrático de Direito o poder de punir de forma desmedida, exercido como uma nefasta forma de vingança pública”. No mesmo sentido, asseveram que, no que tange ao sistema de execução penal, um sistema “efetivamente garantista deverá determinar-se pela redução dos danos causados pela aplicação da pena privativa de liberdade, visando preservar os demais direitos fundamentais e especialmente a dignidade daquele que cometeu uma conduta criminosa.”

Nesse sentido, observa-se que sob o viés do garantismo penal, a perspectiva social sobre a punição exacerbada e a busca pelo sofrimento do transgressor das normas como meio de satisfazer o sentimento de vingança que acomete o ideário popular, colocados em prática através das medidas de endurecimento do sistema penal adotadas pelo governo como resposta aos clamores sociais, são contrários ao que se busca com o direito penal mínimo, incorrendo, em verdade, a um direito penal máximo e a instituições carcerárias totalitárias.

Destarte, existe uma dimensão diferente de “democracia” que, segundo Ferrajoli (2006, p. 21), complementa o sentido de “democracia política” e permite compreender os fundamentos axiológicos e conjuntamente os limites do direito penal e da pena: a democracia constitucional, segundo a qual não é relevante quem tem legitimidade para decidir, no caso, a maioria, mas sim, o que não é legítimo decidir por nenhuma maioria, ainda que por unanimidade.

Nesse sentido, pode-se compreender que não seria legítimo decidir sobre questões de interesse da maioria se, com isso, direitos das minorias tenham que ser severamente sacrificados. Dessa forma, na perspectiva da democracia constitucional, o direito penal não pode ser ferramenta de controle social nas mãos da maioria, deve buscar proteger a todos os cidadãos, sejam eles desviantes das normas ou não, de modo que a busca pela segurança e bem estar dos cidadãos de “bem” não pode jamais justificar os males causados pela pena privativa de liberdade.

Com isso, observa-se que os cárceres latino-americanos são instituições totais incompatíveis com a democracia constitucional, bem como que a pena privativa de liberdade é meio e fim para se alcançar a máxima felicidade para o maior número de pessoas ainda que para isso tenha que violar os direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados, estes, em verdade, encarados socialmente e pelas instituições como um amontoado de *ninguéns*.

Tomando como exemplo o sistema carcerário brasileiro, que possui o maior índice de encarceramento da América Latina, para Khaled Junior (2018, p. 53), “somos historicamente vocacionados para o holocausto, o que em alguma medida é confirmado pelo nosso próprio sistema penitenciário” comprovadamente uma máquina de destruição de “humanidades”.

“O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto Moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem – artificialmente, embora com inserção no real – a barbárie que a civilização tentou anular” (Carvalho, 2010).

Sobre a instituição carcerária, Ferrajoli (2016, p. 4) questiona se as violações de direitos dos presos são tão intrínsecas ao cárcere a ponto de serem inevitáveis ou se o problema consiste na falta ou na impossibilidade de garantias idôneas. Assim, questiona se o cárcere é “ontologicamente, por sua mesma natureza de prática de segregação, uma violação dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas e então uma patologia irreformável do Estado de Direito” (Ferrajoli, 2016, p. 4).

Ferrajoli (2016, p. 4) relembra, ainda, que a pena carcerária, como pena principal do sistema punitivo, foi concebida como fator de minimização, racionalização e humanização do direito penal há pouco mais de dois séculos

pelo pensamento iluminista, sendo uma alternativa contra as penas corporais, penas infames e os suplícios e devendo restringir-se a liberdade pessoal do agente e não violando os demais direitos fundamentais, como o direito à integridade física e ao não sofrimento de tortura e maus tratos.

A reclusão carcerária está inevitavelmente em contraste com todos os princípios – de legalidade, de igualdade e de respeito à dignidade da pessoa – sobre os quais se funda o Estado de Direito. A causa de seu caráter de instituição total, o cárcere não é – porque não pode ser – simples limitação da liberdade pessoal de circulação, como o princípio da legalidade e da taxatividade exigiram, sendo que é uma instituição produtora de milhares de aflições diversas, inevitavelmente distintas entre um cárcere e outro, entre um preso e outro (Ferrajoli, 2016, p. 6).

Fala-se então no cárcere como uma contradição institucional, uma instituição pública dirigida à custódia dos cidadãos, criada pela lei e na qual deveria haver controle total do Estado, todavia, finda em um local incapaz de garantir os direitos fundamentais mais elementares, em cujo interior inexiste controle e regras, apenas a lei do mais forte: a lei da força pública dos agentes penitenciários e a força privada dos presos mais prepotentes e organizados (Ferrajoli, 2016, p. 7).

Dessa forma, a pena de reclusão carcerária, por sua natureza contraria o critério de justificação da pena como minimização da violência punitiva, tendo por base a posição do Estado como regulador das relações sociais impedindo as penas arbitrárias aplicadas por particulares; ao modelo teórico e normativo da pena privativa de liberdade como pena igual e taxativamente determinada pela lei e aos princípios do respeito à dignidade da pessoa humana e a finalidade reeducativa da pena, positivamente estabelecida em muitas Constituições, como a brasileira (Ferrajoli, 2016, p. 8).

Assim, observa-se que, uma vez que se parte da ideia de que o Direito Penal mínimo pregado por Ferrajoli ainda transfere à pena privativa de liberdade certa utilidade, pois pauta-se no máximo bem-estar dos não desviantes e no mínimo mal-estar *necessário* dos desviantes, não há como evitar a conclusão de que Ferrajoli afetivamente justifica o exercício do poder punitivo (Khaled Jr., 2018, p. 62, grifo nosso).

Isto posto e tendo em vista o exemplo de sistemas calamitosos de países latino-americanos, como o sistema criminal brasileiro, constata-se que a pena privativa de liberdade como cerne do sistema carcerário nunca foi capaz de

atingir os objetivos preceituados pelos pensadores iluministas, e, ainda, contribuiu para que se perpetuasse a desumanização do direito penal, o massacre dos direitos fundamentais dos condenados e a crise do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é possível pensar em um sistema criminal mais humano e justo pautado apenas no respeito aos preceitos do garantismo penal?

As Diversas Funções Atribuídas à Pena Privativa de Liberdade e o Contexto Latino-Americano

Ao longo dos anos, encaradas como pilares de proteção dos bens jurídicos da sociedade, várias foram as formas de tentar justificar a imposição de penas aos transgressores das normas. Partindo da necessidade de resguardar a sociedade de indivíduos incapazes de seguir os padrões aceitáveis ao bom convívio social, a pena como instituição social demonstra o nível e evolução moral e espiritual de determinada sociedade, suas finalidades e justificativas acompanham a evolução social atingida pelo povo, caracterizando a maneira com que é tratado e punido aquele que cometeu o ilícito penal (Shecaira e Corrêa Junior, 2002, p. 128-129).

Nesse íterim, Ferrajoli (2002, p. 204) divide as teorias denominadas de justificacionistas em teorias absolutas e teorias relativas.

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (Ferrajoli, 2002, p. 204).

Acentua-se que ambas as teorias são grandes classes de doutrinas divididas em subgrupos. Assim, as doutrinas absolutas ou retributivistas são subdivididas tendo como critério o *valor* conferido à retribuição penal: moral ou jurídico. Por sua vez, as teorias utilitaristas ou relativas são divididas, em um primeiro momento, levando-se em consideração *a quem o fim preventivo da pena é direcionado*, sendo as teorias da prevenção especial aquelas que atribuem essa finalidade à pessoa do delinquente e teorias da prevenção geral que, todavia, atribuem o fim preventivo da pena aos cidadãos de modo geral (Ferrajoli, 2002, p. 204).

Os subgrupos das teorias utilitaristas são divididos, ainda, em doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, de modo que a teoria da prevenção positiva ocorre por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos e a teoria da prevenção negativa, de maneira contrária, dá-se através da neutralização do delinquente ou da intimidação dos cidadãos (Ferrajoli, 2002, p. 204-205).

No que tange às teorias absolutas, são três as ideias fundamentais de caráter religioso – mais especificamente na tradição cristiana e católica de São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás até Pio XII – que constituem sua base: a vingança (*ex parte agentis*), a expiação (*ex parte patientis*) e o reequilíbrio entre delito e pena (Ferrajoli, 2002, p. 205).

Estas três ideias exercitaram sempre um fascínio irresistível no pensamento político reacionário e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalística. Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma *retribuição ética*, que se justifica por meio do valor moral a lei penal violada pelo culpado e do castigo que consequentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma *retribuição jurídica*, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado (Ferrajoli, 2002, p. 205).

Nesse sentido, seguidor da Lei de Talião e do consagrado “olho por olho, dente por dente”, Kant, um dos responsáveis pela teoria absolutista, considera a lei penal um imperativo categórico, ou seja, uma ação objetivamente necessária que se torna indispensável pelo que ela representa, e não necessariamente por possuir uma finalidade (Kant, 2013, p. 28).

Partindo de um viés ético, Kant considera o mal injusto praticado por um indivíduo a seu semelhante como um mal praticado a si mesmo e, com isso, reputa apenas ao direito de retaliação “*ius talionis*” a capacidade de proporcionar a exata medida de igualdade entre atos praticados (Kant, 2013, p. 119).

Ao considerar o *ius talionis* o único meio de garantir a justiça à sociedade e ao transgressor das normas, Kant nega toda e qualquer instrumentalização do homem, alegando, assim, que a aplicação da sanção penal não pode se valer do homem como caminho para a obtenção de qualquer objetivo, pois o homem é um fim em si mesmo, e negar essa qualidade seria abdicar da condição humana e da dignidade do indivíduo (Kant, 2013, p. 208).

Retributivista, mas adotando um viés justificacionista jurídico, Hegel (1997, p. 87) considera legítima a violência que tem por objetivo a eliminação de uma primeira violência, esta, por sua vez, não apenas condicionalmente jurídica, mas necessária. No mesmo íterim, considera objetivo do direito eliminar essa primeira lesão, e, dessa forma, “a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.”

Segundo Ferrajoli (2002, p. 205-206), Kant e Hegel em verdade adotam posições apenas aparentemente distintas, vez que Hegel baseia-se em última análise no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado. Assim, o autor assevera que as teses retributivistas configuram-se na manutenção de antigas crenças mágicas que se baseiam na confusão entre direito e natureza e buscam a pena como remédio ou reafirmação de uma ordem natural violada, bem como, ainda, a concepção religiosa da purificação do delito por meio do castigo.

Enquanto as concepções arcaicas baseavam-se na interpretação normativa da natureza, as teorias absolutas pautam-se na subjetividade maldosa e culpada do réu com base em uma concepção naturalista ou ontológica tanto na moral como do direito (Ferrajoli, 2002, p. 206).

Contrárias à ideia da pena como fim em si mesma e abandonando a ideia da justificação da pena voltando-se para o passado, as teorias relativas são todas aquelas utilitaristas, ou seja, que justificam a pena como *meio* para a realização de um fim utilitário da prevenção de futuros delitos (Ferrajoli, 2002, p. 204-208).

A concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração dos outros cidadãos (Ferrajoli, 2002, p. 208).

Nesse momento, a personalidade do condenado passa a ser o objeto da pena, uma vez que este passa a ser tratado como indivíduo social suscetível de *cura* por meio de “medidas penais”, ou seja, o indivíduo transgressor das normas passa a ser submetido a tratamentos que visam a sua cura e seu restabelecimento social (Shecaira e Corrêa Junior, 2002, p. 136-137, grifo nosso).

Neste íterim, “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias

relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir” (Bitencourt, 2011, p. 132, grifo do autor).

Partindo de um viés negativo e outro positivo, o objetivo ideológico da teoria preventiva geral, uma das teorias relativas, é evitar politicamente e socialmente a prática de crimes em geral e desde o início (Roxin, 1997, p. 92). Para sua vertente negativa, a pena deve intimidar os indivíduos ao não cometimento de crime e, assim, a aplicação da pena ao indivíduo faz com que os demais membros da sociedade reflitam antes de praticar qualquer infração penal, servindo o apenado, na verdade, como *exemplo* aos seus pares (Greco, 2009, p. 146-147, grifo do autor).

Considerando, portanto, que o objetivo da sanção penal é, em verdade, alcançar o íntimo do ser humano e calçar-se na sua concepção de medo através da ameaça, essa ideia, assevera Shecaira e Corrêa Junior (2002, p. 131), tende a instaurar um clima de terror social, pois, quanto maior a pena, maior é a pressão intimidadora e, com isso, mais eficaz é a prevenção.

Todavia, ressalta Roxin (in Valdágua, 2002, p. 22), que as duas finalidades do Estado de Direito, a proteção da sociedade e da liberdade dos cidadãos, não podem jamais ser negadas, estando a imposição do Direito sempre limitada pelas exigências das liberdades dos cidadãos.

Percebe-se, portanto, que essa teoria não se preocupa com o indivíduo e suas peculiaridades, tampouco as desigualdades sociais existentes, considera-se que todos têm completo entendimento sobre os atos praticados e estão no mesmo patamar social e, por isso, delinquir é uma questão de apenas sobrepesar os benefícios adquiridos com a prática do delito e os malefícios causados pela pena.

A teoria da prevenção geral também pode ser encarada por seu viés positivo ou de integração, como muitos doutrinadores denominaram, em razão desse fundamento não se basear na intimidação como finalidade da pena, mas sim, no fato da norma ter o objetivo de atuar no processo de formação do povo, que será estimulado a cumpri-la na medida em que assimila os valores básicos da sociedade (Shecaira e Corrêa Junior, 2002, p. 132).

Assim, o viés positivo possui “forte conotação educativa: a pena, portanto, e o juízo de valor que antecede sua imposição, contribuem de modo decisivo

para formar a consciência ética, valorativa, da coletividade” (Silva Sánchez, 2011, p. 357).

Para Roxin (2006, p. 47),

É claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc, tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal.

Em suma, para a teoria da prevenção geral positiva, a pena atua como instrumento de motivação, uma vez que o concreto exemplo da punição seria responsável por sanar as carências da socialização dos membros da sociedade e, assim, com a interferência do exemplo da aplicação da pena, a consciência dos indivíduos reconheceria a importância do cumprimento da norma e seus impulsos criminais seriam reprimidos (Guimarães, 2006, p. 258-259).

Para a teoria da defesa social, preconizada com o avanço do capitalismo e a sua já comprovada consolidação como sistema socioeconômico, a pena se concretiza na ideia da prevenção especial, ou seja, objetiva a interdição do delinquente e sua posterior recuperação (Shecaira; Corrêa Junior, 2002, p. 137).

As bases das teorias da prevenção especial surgem calcadas pelos argumentos científicos em voga na época, em que o controle social deveria se exercer baseado na dicotomia do “bem” e do “mal”, onde há homens *bons*, os normais e não perigosos, e homens *maus*, os perigosos ou tidos como anormais (Bitencourt, 2011, p. 141, grifo do autor).

Com isso, as teorias da prevenção especial pautam-se na ideia de que a pena deve atuar sobre o agente, para que esse não volte a delinquir (Shecaira e Corrêa Junior, 2002, p. 133), por isso “justificam a pena atribuindo-lhe o interesse social, em caso de neutralização, ou uma função positiva de melhoramento do próprio infrator, no caso de ressocialização” (Guimarães, 2006, p. 152).

Em verdade, pontua Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (2006, p. 151),

As teorias da prevenção especial caracterizam-se, ou melhor, diferenciam-se das teorias de prevenção geral – cujos fins são a intimidação ou o fortalecimento dos valores éticos-sociais da sociedade via respeito às normas penais pela generalidade dos cidadãos – por visarem ao delinquente em particular, dirigindo seus fins para a correção ou neutralização deste, em um sentido positivo e negativo, respectivamente.

Partindo do pressuposto, há muito pregado pelo Direito Penal, de maior felicidade para o maior número de pessoas, em nome do bem-estar geral de seus membros, a sociedade teria o direito de eliminar os indivíduos transgressores das normas que não demonstrem possibilidade de ressocialização, ou seja, que não tenham perspectiva de parar de delinquir (Guimarães, 2006, p. 156).

Pregando a ideia do Estado do bem-estar geral e da felicidade para a maioria da sociedade, as teorias pautadas na pena privativa de liberdade como cerne da solução da prática de crimes, incorrem na construção de sociedades movidas pelo sentimento de ódio e vingança, marginalizando os transgressores, indivíduos (porque nessas circunstâncias, de fato, não são encarados como “pessoas”) com direitos mitigados, seres socialmente dispensáveis que em muito perdem sua qualidade de “ser humano” ao serem *amaldiçoados* ao cárcere e facilmente descartados como se fossem objetos sem vida, sem personalidade e sem dignidade, deslegitimando, com isso, o Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, ressalta-se a importância de se desmistificar as teorias que buscam de alguma forma justificar a pena privativa de liberdade, uma vez que “todo discurso que responde ao ‘por que punir?’ inevitavelmente assume um horizonte de crença na bondade do poder punitivo” (Khaled Jr., 2018, p. 41). Ainda, “qualquer discurso verdadeiramente crítico ao arbítrio do poder punitivo no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade deve rechaçar todos os vetores das teorias legitimantes da pena” (Khaled Jr., 2018, p. 43), portanto,

Se o saber jurídico-penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero factum, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção para preservar o estado de direito e prevenir os massacres, e recuperaria a dignidade que, em boa medida, perdeu ao longo da história, ao justificar os mais horrorosos crimes de Estado (Zarrafoni, 2012, p. 404).

Na prática, o que se pode notar é que a sociedade e o sistema carcerário dos países latino-americanos enraizaram o viés retributivo e neutralizador da pena através da pena privativa de liberdade, sendo esta vista como a solução para os problemas de segurança social. E é exatamente este o cerne da questão, a pena privativa de liberdade, tão violadora de direitos e desumana sendo encarada como a “solução”.

Essa visão estatal e social sobre a pena carcerária se dá pelo rompimento de barreiras e princípios que aos poucos foi responsável por naturalizar o castigo

que passa a ser encarado não como *ultima ratio*, mas sim em *primeira resposta* frente a qualquer falta mais ou menos séria cometida por algum ofensor, frente a qualquer tipo de situação capaz de incomodar coletivamente (Gargarella, 2016).

As sociedades latino-americanas, mesmo intrinsecamente assoladas por graves problemas estruturais e desigualdades sociais, tapa os olhos para as deficiências sociais exacerbadas pelas políticas neoliberais e projeta seu sentimento de segurança e bem-estar no afastamento e sofrimento daqueles que são considerados responsáveis por todo o caos social.

Dados apontam que em 2014, “a proporção de latino-americanos que acreditavam que a intensificação da punição é a maneira mais eficaz de reduzir a criminalidade aumentou de 47,1% em 2012 para 54,5% em 2014” (Vilalta e Fondevila, 2019), ou seja, a população latino-americana tem cada vez mais se tornado punitivista.

Gargarella, Pádua e Guedes (2016), citando Gabriel L. Negretto, apontam que logo após o período ditatorial que afligiu os países latino-americanos, países como Argentina, Brasil, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile e El Salvador foram alguns dos vários que tentaram assegurar mais proteção aos direitos humanos básicos afetados pela ditadura.

Ao final do século XX houve outra mudança constitucional fundamental na América Latina, consequência da aplicação, usualmente por governos democráticos pós-ditatoriais, dos denominados programas de ajuste estrutural, que consistiram em duras políticas econômicas com drástica redução dos gastos públicos, diminuição de investimentos em programas sociais e até eliminação de muitos destes (Gargarella, Pádua e Guedes, 2016).

Desta forma, buscando superar a crise dos programas sociais, “ao final do século, a maioria dos países da região tem adotado constituições extremamente fortes, ao menos no que se refere aos direitos sociais, econômicos e culturais que elas incluem” (Gargarella, Pádua e Guedes, 2016).

Todavia, embora haja amparo constitucional, os países latino-americanos não foram capazes de garantir a igualdade social à população, sequer a efetivação dos direitos sociais basilares, sendo uma de suas marcas a desestrutura social e as graves desigualdades que acometem os países, resultado da péssima distribuição de renda. Com isso, notadamente países como o Brasil chegam à

pós-modernidade (ou Estado Neoliberal) sem ter conseguido ser liberal e, tampouco alcançar o moderno (ou Estado Social) (Cambi, 2018, p. 293).

O Estado Neoliberal é a terceira fase das concepções de Estado do século XX, marcado pela “‘desregulamentação’ crescente da economia (leia-se desconstrução dos direitos e garantias sociais, resultado de seculares lutas sociais)” (Azevedo, 2000, p. 106), fase em que países que garantem os direitos sociais basilares de sua população encontram-se, uma vez que, nesses casos, “o Direito procura muito mais assegurar a liberdade do que promover a igualdade” (Cambi, 2018, p. 294).

Todavia, esse não é o caso do Brasil, por exemplo, país saturado pela falta de infraestrutura básica de saúde, altas taxas de desemprego, graves problemas na educação e desigualdade social incontida. Fala-se então que o Brasil, assim como os demais países da América Latina, compõem o rol dos países de *modernidade tardia*, os quais devem buscar mecanismos que possibilitem o resgate das promessas da modernidade incumpridas (Streck, 2003, p. 276), ou seja, que sejam capazes de efetivar os direitos fundamentais sociais que não foram devidamente garantidos durante o Estado Social.

Segundo José Vicente Tavares dos Santos (2004, p. 06), “as características da ‘modernidade tardia’ seriam a repetição da exclusão social, a disseminação das violências, a ruptura de laços sociais e a ‘desfiliação’ de algumas categoriais sociais, como a juventude, uma das grandes vítimas da civilização”.

Historicamente a sociedade hegemônica dita o que há de ser considerado “certo” ou “errado” e, ainda que as causas das transgressões legais sejam motivadas pela desigualdade social, à sociedade marginalizada apenas restam as consequências neutralizadoras e a visão negativa por parte da sociedade não desviante. “Assim, a coerção começa a trabalhar a favor da preservação e reprodução das desigualdades existentes” (Gargarella, 2016, tradução nossa).

Para Roberto Gargarella (2016, tradução nossa), “o castigo constitui uma atividade muito difícil de justificar, particularmente em situações de forte e inescusável desigualdade, e por isso requer de nós uma aproximação, antes de complacente, crítica”. Nesse sentido, a sociedade teria o direito de reprovar as condutas desviantes graves cometidas por seus membros, todavia, tal castigo há

de ser a pena privativa de liberdade e todas as suas indiscutíveis consequências negativas e violadoras?

Deve-se considerar o fato de que existem formas alternativas possíveis de dissuasão que resultam, à primeira vista, mais razoáveis, menos violentas, menos brutais para a reprovação penal. Então, pergunta-se por que estamos fazendo o que fazemos? Por que justificamos primeiro e naturalizamos depois da utilização do castigo, quando este poderia se pensar de modos radicalmente diferentes? (Gargarella, 2016 tradução nossa).

Dessa forma, a tarefa fundamental que compete ao Estado, com relação às faltas graves cometidas por alguém, não é infligir dor a quem tenha produzido dor, tampouco utilizar essa pessoa como meio de intimidar os demais, o que deve interessar ao Estado é apenas expressar certo compromisso com toda a comunidade com relação a certas regras e valores (Gargarella, 2016, tradução nossa) .

Parte-se, assim, como forma de superação da visão retributiva e neutralizadora da pena, a acentuação de valores como os de “comunidade, integração, inclusão, participação política, igualdade e virtude cívica” (Gargarella, 2016, tradução nossa).

Dessa forma, é muito importante o reconhecimento da relevância de que as normas devem ser construídas por todos, acessíveis a todos, reconhecidas por todos como próprias e, com isso, a percepção de que a desigualdade das sociedades é um empecilho para a concretização de um Direito Penal não violador de direitos (Gargarella, 2016, tradução nossa).

Nas sociedades desiguais como as latino-americanas, a democracia é vinculada ao hiperpunitivismo, ao populismo penal e à demagogia punitiva, de modo que encara a “voz do povo” como equivalente a “voz dos familiares e vizinhos da vítima, instantes depois de que se cometera o crime” (Gargarella, 2016, tradução nossa).

Dessa forma, o modelo de sistema carcerário que adota a pena privativa de liberdade como seu cerne, vê-se cada vez mais caótico e violador dos direitos básicos dos seres humanos sem que, visões e opções mais humanas sejam se quer efetivamente consideradas.

Fala-se na busca pela efetividade do viés ressocializatório da pena, no investimento em abertura de novas vagas no sistema, amenizando assim, a superlotação, ou ainda, na privatização das penitenciárias como forma de

amenizar os gastos estatais com estes “indesejáveis”. Ao mesmo passo, políticas extremamente repressivas têm sido consideradas, e a política de guerra à criminalidade tem violentamente deixado muitos corpos de vítimas inocentes e pessoas que todos os dias padecem fisicamente, espiritualmente e psicologicamente nos cárceres e nas ruas dos países.

É preciso ir além, encarar o cárcere como uma contradição institucional como trazido por Ferrajoli e a pena privativa de liberdade como incapaz de ser condizente com os pressupostos de dignidade e humanidade pregados e garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

O Garantismo Radical de Ináki Rivera Beiras – uma solução para o fim das atrocidades do sistema carcerário

A fim de combater o hiperpunitivismo e a pena privativa de liberdade como núcleo do sistema criminal, Ináki Rivera Beiras (2019, p. 65) aposta em uma estratégia de transformação radical e reducionista da opção segregativa através de um garantismo radical, ou seja, a transformação da perspectiva carcerária pautada no “estrito respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade”.

Para tanto, o autor parte da ideia de contradição institucional do cárcere pregada por Ferrajoli, da redução do emprego das penas privativas de liberdade com base nas demandas das pessoas afetadas e do prisma de que a reintegração dos presos não pode ser alcançada através da prisão, mas sim, que se deve persegui-la apesar da prisão (Rivera Beiras, 2019, p. 66-67).

Dessa forma, a proposta pregada pelo autor “não pretende com isso realizar outra reforma prisional, uma vez que, tradicionalmente e desde as instituições oficiais, nunca se levou verdadeiramente em conta as pessoas afetadas pela privação de liberdade” (Rivera Beiras, 2019, p. 67), mas sim, busca um modelo de justiça em que haja um processo de desencarceramento pautado, sobretudo, no rígido respeito aos direitos fundamentais dos presos.

O “problema da prisão” não será resolvido “na” prisão, senão, em todo caso, no exterior da mesma, na própria sociedade que cria, produz, alimenta e reproduz a prisão. Sem uma profunda convicção disso, haveria o risco de cair, novamente, em opções reformistas que acabam legitimando a instituição carcerária e, assim, contribuem para a sua perpetuidade. Nesse sentido, é óbvio (ainda que talvez necessário) salientar que a melhor opção nunca pode ser “melhorar” uma

instituição tão selvagem e violenta como a prisão, mas pensar em cada vez “menos prisão”, buscando verdadeiras estratégias de contenção dos novos ingressos, primeiro, de redução, depois, e de radical eliminação, finalmente (Rivera Beiras, 2019, p. 69).

Dessa maneira, tendo em vista as atrocidades cometidas pelo cárcere, bem como a discrepância com o modelo de Estado Democrático de Direito, constata-se que o sistema carcerário e a pena privativa de liberdade são verdadeiros fracassos da humanidade. Pensar em investimentos na área de infraestrutura das penitenciárias é um caminho de perpetuação do horror que lá acontece, bem como deste modelo criminal antidemocrático.

Da mesma forma, modelos de ressocialização que coexistam com a pena de prisão são insuficientes e incapazes de restaurar a humanidade daquele que foi vítima do caos carcerário, tampouco restabelecer seus laços sociais. Almeja-se, portanto, traçar caminhos que desde já reduzam as inserções no ambiente inóspito das penitenciárias, evitando, com isso, que mais vítimas do sistema sejam formadas e que sejam dados os primeiros passos para o fim do sistema penal pautado na pena carcerária.

A ideia de garantismo radical pauta-se em criar um local para que todos os indivíduos afetados pelo cárcere tenham voz, e, dessa forma, “presos, familiares, operadores penitenciários, representantes da administração penitenciária e de caráter municipal bem como de organizações de direitos humanos comprometidas com a problemática penitenciária” (Rivera Beiras, 2019, p. 83) possam em conjunto decidir democraticamente sobre os rumos da realidade carcerária.

Como trazido por Gargarella, apenas com a participação de todos nas decisões, os sujeitos passam a de fato se sentirem parte do todo, dando início a uma amenização da situação de desigualdade em que se encontram. Os presos e suas famílias são os diretamente afetados pelas violações de direitos que acontecem no sistema penitenciário, buscar a garantia de seus direitos e ter abertura para tanto é garantir a dignidade destes.

No mesmo viés, o trabalho deve ser oferecido não apenas como caminho à ressocialização, mas sim como direito fundamental da população presa, buscando uma capacitação efetiva dessas pessoas que um dia retornarão à liberdade, a fim de suprir, de alguma maneira, o efeito da perda econômica,

pessoal e familiar advindas do encarceramento, bem como buscar a continuidade do trabalho quando o sujeito alcançar sua liberdade (Rivera Beiras, 2019, p. 97).

Ainda no sentido de efetivar as garantias fundamentais dos presos, imprescindível que o Estado e toda a sociedade voltem seus olhares e preocupações à saúde desses sujeitos, os quais passam anos em ambientes totalmente inapropriados à vida, amontoados com tantos outros e apartados de todo o convívio social.

Em países afetados pela falta verba para a educação, saúde e políticas ambientais, por óbvio a atenção orçamentária não está voltada à infraestrutura básica e digna das penitenciárias. Sendo assim, além de ser o cárcere, por si só, uma instituição total violadora de direitos básicos dos seres humanos, a situação atual em que se encontra o sistema punitivo dos países latino-americanos, em especial do Brasil, demonstra um verdadeiro holocausto brasileiro, onde os indesejáveis estão aglomerados em superlotações caóticas, sem mínimas condições de higiene e saúde.

Forçados a viver de maneira desumana, esses sujeitos são institucionalizados pelo cárcere, ou seja, são moldados àquele estilo de vida, àquela sub sociedade que é o sistema penitenciário, com rotina abruptamente diferente dos indivíduos da sociedade que se encontra do lado de fora dos muros penitenciários. Isolados, institucionalizados pelo cárcere e pelas leis do submundo carcerário e dos presos mais “fortes”, esperar que essas pessoas se encontrem em perfeitas condições psíquicas é um devaneio.

Dessa forma, várias são as doenças físicas e psíquicas advindas das péssimas condições encontradas no cárcere e, levando-se em consideração que a ideia central abordada no trabalho como um passo para a solução das violações de direitos do sistema penitenciário não é melhorar o sistema mas sim erradicá-lo, Iñaki Rivera aponta a liberação dos presos enfermos como mais uma atitude que busca o garantismo penal.

Salienta-se que é esperado que tal atitude gere inquietações sociais, tendo em vista a perspectiva da sociedade hegemônica sobre o criminoso, todavia, em prol do verdadeiro e mais completo sentido de democracia, a democracia constitucional trazida por Ferrajoli, os direitos fundamentais dos encarcerados deve prevalecer aos ataques sociais.

Para tanto, Iñaki Riveira Beiras (2019, p. 103) assevera que deverá haver uma mudança de linguagem a respeito do assunto, assim, deve-se:

Deixar de conceber a presos enfermos (binômio virtual do qual prevalecem as condições penitenciárias sobre as sanitárias) e começar a encarar seriamente o fato de que se está na presença de pessoas enfermas que, ademais, estão presas (fazendo prevalecer critérios estritamente médicos sobre os de caráter regimental).

Assim, deve ser coordenada legalmente a liberdade a todas as pessoas que padeçam de sérias doenças, e não esperar que tais doenças sejam tão graves a ponto de “retirarem” qualquer periculosidade do preso, de modo que esse, de tão doente, não seja mais perigoso para a sociedade (Rivera Beiras, 2019, p. 104).

Dessa forma, deverão se pronunciar a respeito do estado de saúde dos presos não apenas os médicos que integram os quadros da penitenciária, mas sim médicos extra penitenciárias, capazes de avaliarem a saúde do preso em igualdade de condições com os cidadãos que vivem em liberdade (Rivera Beiras, 2019, p. 104).

A despeito de demais iniciativas apresentadas por Iñaki Rivera em seu trabalho e não minimizando a importância de nenhuma delas para a concretização de um garantismo penal que alcance um direito criminal mais humano e justo, para a realidade social dos países latino-americanos, vislumbra-se necessário maximizar a importância da mudança de perspectiva da sociedade quanto ao crime e ao criminoso.

A sociedade aqui tratada é aquela que ocupa o centro das relações de poder, não é vítima ou pouco é acometida pelas desigualdades sociais e, portanto, não se encontra em estado de vulnerabilidade. É a sociedade que dita o que é “bom” ou “ruim”, enxerga no criminoso o lado obscuro da sociedade e almeja medidas cada vez mais capazes de marginalizar e neutralizar os criminosos e os criminosos em potencial.

Assim, “é a sociedade que cria, mantém e reproduz a prisão – e os presos – que temos. Por conseguinte, deve ser essa mesma sociedade que deve buscar fórmulas para sua superação” (Rivera Beiras, 2019, p. 154). Fala-se, portanto, que sistemas carcerários caóticos como os dos países da América Latina são o espelho de sua sociedade estigmatizante e desigual, aquela que escolhe por resolver a violência com mais violência.

Uma forma de alcançar o sucesso do garantismo penal radical através de suas medidas como a liberdade aos enfermos, é mudar a visão social quanto ao cárcere e seus sujeitos, bem como torná-la mais uma força de poder quanto às reivindicações de respeito aos direitos fundamentais dos presos.

Para tanto, pretende-se “‘abrir a prisão à sociedade’, e, ao mesmo tempo, ‘abrir a sociedade à prisão’” através de conselhos Municipais e seus conselhos de bairro, pois há experiências que mostraram resultados notáveis, como a arrecadação de fundos para ajudar as famílias dos presos, quando essas administrações se comprometeram a ajudar seus presos (Rivera Beiras, 2019, p. 158).

Com isso,

Pretende-se a intersecção institucional e social entre a prisão e a sociedade. Todas as iniciativas nesse sentido, educacionais, políticas, de luta pelos direitos etc., que passam pela “entrada na prisão” de vários setores sociais e profissionais, podem contribuir, em última análise, para modificar possivelmente a percepção de afastamento e alienação com a qual, quase sempre, essa realidade é transmitida (Rivera Beiras, 2019, p. 161).

Uma ferramenta para a abertura da prisão à sociedade são as novas tecnologias, internet e a aquela denominada de *mass media*, a mídia de grande veiculação social. Tais meios devem ser utilizados para “tornar visível na sociedade uma quantidade imensa de vivências, sucessos e iniciativas, que, normalmente, vivem (também) ‘encerradas’ no isolamento da prisão”, a fim de “provocar uma consciência social relacionada a uma realidade que não pode ser ignorada” (Rivera Beiras, 2019, p. 162).

A difusão do universo carcerário no corpo social é buscar o envolvimento da sociedade nos acontecimentos carcerários, é ultrapassar as costumeiras notícias que veiculam tão só os atos criminosos e a violência praticada por esses sujeitos e expor o cenário das vítimas do sistema, suas famílias, suas vulnerabilidades. Busca-se, com isso, a compreensão social quanto às atrocidades e ao crime humanitário violento vivido no Brasil e suas consequências irreparáveis.

Almeja-se que essa sociedade se sinta parte responsável por tais atrocidades, abandone o sentimento de ódio e vingança contra o criminoso e busque caminhos alternativos capazes de restabelecer a ordem social e os laços

sociais sem, com isso, romper a lógica do razoável e do aceitável em termos de punição.

Que as suas vozes sejam ouvidas pode constituir um caminho válido para a sociedade escutar uma *opinião nunca publicada*, e sirva para modificar atitudes preconceituosas e estereotipadas que, conseqüentemente, traduzem uma percepção dos problemas prisionais muito distantes da realidade. Se realmente se almeja que a sociedade mude suas atitudes em relação a esse problema, isso necessariamente exigirá uma (prévia) tarefa de informação real, verdadeira, sobre o que acontece em tal parcela a mesma sociedade. Sem informação prévia, ninguém pode modificar substancialmente os seus pré-julgamentos adquiridos (Rivera Beiras, 2019, p. 163, grifos do autor).

Seguindo essa premissa do necessário envolvimento social para o fim da violação de garantias fundamentais dos presos, bem como a necessária abertura da prisão para a discussão democrática da sociedade com todos os interessados e envolvidos com o sistema carcerário, no Brasil pode-se apontar importante projeto que desde 2011 vem buscando essa interação entre o corpo social e o Cárcere.

O Projeto Direito no Cárcere coordenado pela advogada e jornalista Carmela Grüne, atua na Cadeia Pública de Porto Alegre, uma das mais violentas do país, assistindo detentos em tratamento de dependência química. Projeto mantido em sua maioria por doações e desenvolvido por mais de 500 voluntários, “Direito no Cárcere” é responsável por abrir a instituição carcerária principalmente à sua população local, permitindo a interação entre os detentos e a comunidade através do esporte, a música, a arte, a saúde, a tecnologia, a educação em direitos humanos e as neurociências (Grüne).

Através dessa comunicação e contato dos apenados com o exterior, é possível “ressignificar o tempo e o espaço num local considerado por muitos um ‘não-lugar’” (Grüne), promover uma autopercepção positiva nos detentos e um sentimento de pertencimento social, sendo capaz, ainda, de propiciar melhor qualidade de saúde física e psicológica àqueles que, sem esses momentos oportunizados pelo projeto, só possuíam perspectivas negativas a respeito dos seus dias e da sua história.

Uma das ferramentas mais utilizadas pelo projeto são as redes sociais, como o YouTube, onde existem diversos vídeos sobre o projeto divulgando as experiências entre os detentos e os voluntários. A maioria dos vídeos infelizmente ainda não possui muita visibilidade, um deles, todavia, já alcançou mais de

50.000 visualizações, pouco se se considerar a população brasileira, todavia, através da internet, pelo menos mais de cem vezes o número de voluntários teve acesso a uma parte da experiência vivenciada por eles.

Projetos como esse são exemplos de que é possível movimentar a sociedade local em prol dos sujeitos encarcerados, bem como ansiar pela concepção social sobre o criminoso não como um inimigo da comunidade, mas sim um transgressor das normas dotado de humanidade e titular de direitos fundamentais que necessariamente precisam ser respeitados.

Movimentar-se de modo a ampliar projetos locais de abertura do cárcere à sociedade e impulsionar a divulgação dos mesmos por meio da rede mundial de computadores e das vinculações midiáticas, é um dos meios trazidos por Iñaki Rivera como capazes de trazer à sociedade para a luta pelo respeito aos direitos fundamentais dos encarcerados, bem como a perspectiva de um garantismo radical como meio de concretização dos preceitos pregados pelo Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

Partindo da perspectiva da democracia constitucional, revela-se inaceitável o excessivo sofrimento que a pena privativa de liberdade inflige aos sujeitos encarcerados sob a justificativa de buscar maior segurança à sociedade do bem-estar social. Não é possível pautar-se na maior felicidade para o maior número de pessoas se, para tanto, direitos fundamentais inerentes aos indivíduos sejam severamente negligenciados.

Não se pretende alegar que o desvio tenha que ser acobertado pela sociedade, todavia, não devem ser buscados castigos como caminho para a solução dos litígios, mas sim meios capazes de garantir os direitos e princípios sociais sem, contudo, aniquilar as garantias fundamentais dos sujeitos de direito encarcerados.

Vislumbra-se, dessa forma, inevitavelmente garantir os direitos fundamentais dos sujeitos transgressores das normas sob a via do garantismo penal radical, ou seja, o direito penal voltado a garantir os direitos fundamentais dos apenados imperiosamente como forma de efetivamente alcançar os preceitos pregados pelo Estado Democrático de Direito.

Partindo, então, do pressuposto do garantismo penal e da democracia constitucional, resta fundamentado que a pena privativa de liberdade em sua gênese é uma violação de preceitos fundamentais e, dessa forma, não deve ser perpetuada. Encarado como uma contradição institucional, o cárcere não deve prosperar como solução proposta pelo Estado, tampouco assimilada e reproduzida pela sociedade.

Historicamente a América Latina é marcada por desigualdades e direitos sociais fracamente garantidos materialmente, características que findam em um sistema criminal pautado na pena carcerária como meio para neutralizar e excluir os marginalizados e indesejados. Por tais características, e tendo em vista que a desigualdade social permanece forte na região, vislumbra-se o grande aumento da população carcerária latino-americana nas últimas décadas.

A América Latina tornou-se, com sua superpopulação carcerária, uma das regiões com sistema criminal mais desumano e violento. Só o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo e as perspectivas sociais e políticas não levam a crer que tal situação venha a mudar.

Em um momento em que perspectivas autoritárias e extremamente punitivistas vêm se multiplicando, entre outros fatores, por conta do descrédito da política e da democracia, e o presidente do Brasil – país mais imponente da América Latina – adota políticas conservadoras com crescente reprodução de extremismos político-religiosos, apresenta-se intensamente relevante buscar meios para a humanização do sistema penal latino-americano e a importância da participação popular para alcançá-lo.

Deixa de ser suficiente, e talvez nunca tenha sido, falar em medidas ressocializatórias mais eficazes ou tentativas de melhorar a qualidade estrutural dos cárceres, é preciso trazer em pauta a necessidade do fim da pena privativa de liberdade como cerne do sistema punitivo na América Latina. Ressalta-se que a ideia pregada por Iñaki Rivera Beiras muito se distingue dos pressupostos abolicionistas, pautando-se, em verdade, na efetivação dos direitos dos presos através de um direito penal capaz de respeitar os direitos fundamentais pregados pelas Constituições dos países latino-americanos.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta a impreterível necessidade de se alcançar medidas alternativas à pena privativa de liberdade, de modo que,

através da participação social das diversas “sociedades” latino-americanas, a América Latina deixe de amontoar seus indesejados e marginalizados em um sistema carcerário desumano e capaz de apenas reproduzir desigualdades e desumanidade.

Para tanto, constata-se que os países da América Latina devem se firmar nos pressupostos da democracia constitucional e não mais se pautar na segurança e bem-estar geral em detrimento das garantias individuais dos detentos. Da mesma forma, devem buscar advertir os indivíduos transgressores pautando-se no equilíbrio da confiança e dos laços sociais, orientando-se pelo respeito à condição humana e à máxima efetividade dos direitos basilares dos sujeitos.

Referências

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*. Tradução de Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Salo de. “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”. *Res Severa Verum Gaudium: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, v. 2, n. 2, p.1-30, nov. 2010. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/05/artigo-salo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CASARI, Camila Maria Rosa; GIACÓIA, Gilberto. “A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm*, [s.l.], v. 11, n. 1, p.249-274, 28 jun. 2016. Universidad Federal de Santa Maria. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369420816>. Acesso em: 19 nov. 2019

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. "Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional". *Crítica penal y poder*, núm. 11. Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona: 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016. Edição Kindle. ISBN 978-987-629-694-6

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. "Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a 'sala de máquinas' da Constituição". *Universitas Jus*, [s.l.], v. 27, n. 2, p.33-41, 15 dez. 2016. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/unijus.v27i2.4308>. Acesso em: 06 dez. 2019.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRÜNE, Carmela. *Projeto Direito no Cárcere*. Porto Alegre-RS. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-direito-no-carcere/>. Acesso em: 29 ago. 2019.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes: parte I e II (pensamento humano)*. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

KHALED JUNIOR, Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. "Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial". In: VALDÁGUA, Maria da Conceição (Org.).

Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, pp 11-24.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. “Violências e dilemas do controle social nas sociedades da ‘modernidade tardia’”. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p.3-12, mar. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000100002>. Acesso em: 06 dez. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil”. *NEJ*, v. 8, n. 2, p.257-301, ago. 2003. Maio/agosto. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 14 maio 2019.

VILALTA, Carlos; FONDEVILA, Gustavo. “Populismo penal na América Latina: a dinâmica de crescimento da população carcerária”. *Nota Estratégica*, 32, n. 32, p.1-13, abr. 2019. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/04/2019-03-29-NE-32_Prision-Growth-PT.pdf. Acesso em: 25 nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini; coordenação e revisão da tradução Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012.

Por um Sistema Criminal mais Humano e Justo nos Países Latino-Americanos sob a Ótica do Garantismo Radical de Iñaki Rivera Beiras

Resumo

O presente trabalho pretende, através do diálogo entre o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e o garantismo radical de Iñaki Rivera Beiras, discutir um novo modelo de justiça criminal, a ser adotado principalmente nos países latino-americanos, orientado pela efetiva e estrita garantia dos direitos fundamentais dos sujeitos encarcerados, para que, dessa forma e através de soluções alternativas, possa se pensar em um Direito Criminal mais justo e humano sem as instituições carcerárias e a pena privativa de liberdade. Para tanto, por meio do método indutivo, busca-se analisar certas peculiaridades da América Latina, solidificar os pressupostos do garantismo radical através do garantismo penal, da democracia constitucional e da contradição institucional do cárcere de Luigi Ferrajoli, bem como da análise das teorias retributivas, utilitaristas e a ideia de superação do castigo de Roberto Gargarella. Conclui-se que, para que a América Latina abandone os altos índices de encarceramento e sua política criminal reprodutora de desigualdades e violência, deve estabelecer uma política pautada na democracia constitucional, no equilíbrio da confiança e dos laços sociais e no estrito respeito aos direitos dos condenados.

Palavras-chave: Sistema carcerário latino-americano; Fim da pena carcerária; Garantismo Penal; Democracia Constitucional.

From Penal Guarantee to Radial Guarantee: for a more humane and fairer criminal system in Latin American countries

Abstract

The present work intends, through the dialogue between Luigi Ferrajoli's criminal guarantee and radical guaranteeism of Iñaki Rivera Beiras, to discuss a new model of criminal justice to be adopted mainly in the Latin American countries guided by the effective and strict guarantee of the fundamental rights of the incarcerated subjects, so that, through alternative solutions, we can think of a more just and humane criminal law without the prison institutions and the custodial sentence. To this end, through the inductive method, we seek to analyze certain peculiarities of Latin America, solidify the assumptions of radical guaranteeism through criminal guaranteeism, constitutional democracy and the institutional contradiction of Luigi Ferrajoli prison, as well as the analysis of retributive theories, utilitarians and the idea of overcoming the punishment of Roberto Gargarella. It is concluded that, in order for Latin America to abandon its high levels of incarceration and its criminal policy that reproduces inequalities and violence, it must establish a policy based on constitutional democracy, the balance of trust and social ties and strict respect for the rights of convicted.

Keywords: Latin American prison system; End of prison sentence; Criminal Guarantee; Constitutional Democracy.

De la Garantía Penal a la Garantía Radial: por un sistema criminal más humano y justo en los países latinoamericanos

Resumen

El presente trabajo pretende, a través del diálogo entre la garantía penal de Luigi Ferrajoli y el garantismo radical de Iñaki Rivera Beiras, discutir un nuevo modelo de justicia penal para ser adoptado principalmente en los países latinoamericanos guiado por la garantía efectiva y estricta de los derechos fundamentales de los sujetos encarcelados, de modo que, a través de soluciones alternativas, podría pensarse en un derecho penal más justo y humano sin las instituciones penitenciarias y la pena de privación de libertad. Con este fin, a través del método inductivo, se busca analizar ciertas peculiaridades de la América Latina, solidificar los supuestos del garantismo radical a través del garantismo criminal, la democracia constitucional y la contradicción institucional de la prisión de Luigi Ferrajoli, así como el análisis de las teorías retributivas, utilitaristas y la idea de superar el castigo de Roberto Gargarella. Se concluye que, para que América Latina abandone sus altos niveles de encarcelamiento y su política criminal que reproduce las desigualdades y la violencia, debe establecer una política basada en la democracia constitucional, el equilibrio de confianza y los lazos sociales y el estricto respeto por los derechos de condenado.

Palabras clave: Sistema penitenciario latinoamericano; Fin de la pena de prisión; Garantía penal; Democracia Constitucional.