

CULPABILIDADE E ALTERIDADE: LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO EM UM DIREITO PENAL HUMANO

CULPABILITY AND ALTERITY: LIMITS OF CRIMINALIZATION IN A HUMAN CRIMINAL LAW

Leandro Gornicki Nunes¹

RESUMO

Este texto é um ensaio a respeito da formulação de um novo fundamento material para a culpabilidade, propondo a complementação da lógica da Ética do Discurso na construção de consensos nos processos de criminalização pela Ética da Alteridade de Lévinas, acompanhada das mediações filosóficas da Ética da Libertação de Dussel.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Ética. Alteridade. Criminalização.

ABSTRACT

This text is an essay regarding the formulation of a new foundation material for the culpability, proposing the addition of the logic of Ethics of Speech on building consensus in the processes of criminalization by the Ethics of Alterity of Lévinas, accompanied by the philosophical mediations of the Ethics of the Liberation of Dussel.

Keywords: Criminal Law. Culpability. Ethics. Alterity. Criminalization.

¹ Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado. *E-mail*: leandro.gornicki@univille.br

INTRODUÇÃO

A sociedade é uma construção, não uma coisa em si. Os processos de criminalização, como consequência inexorável da vida em sociedade, também são construções decorrentes dos processos de comunicação e de atribuição de sentido que constituem a linguagem dos grupos sociais. Segundo Baratta, “estes processos são subjetivos, porém estão sujeitos às condições determinadas pela estrutura material das relações de produção e de poder existentes em determinadas formações sociais”². Com isso, é refutado o realismo naturalista em relação ao fundamento material da culpabilidade, reconhecendo-o como fruto de uma construção social, onde ocorre a conjunção da linguagem social com a linguagem técnico-jurídica, visando à reprodução e à legitimação das estruturas materiais da sociedade. Adverte Baratta:

o saber científico e tecnológico se produz e atua dentro das condições criadas pelas relações materiais de produção e de poder. O processo de construção da realidade dentro da interação informal nos grupos (mundo da vida), e da organização social (“sistema”), não tem como única fonte as estruturas materiais, porém influi também sobre elas. A influência pode ser conservadora (reprodução e legitimação), ou inovadora (crítica e libertação). O Direito como conjunto de ciência e técnica é uma das linguagens especializadas com que se realiza uma construção particular do mundo.³

Logo, para a construção de um novo fundamento material à culpabilidade, capaz de garantir a democracia e as liberdades individuais, e que contribua para a afirmação da vida, é indispensável o afastamento da racionalidade formal do discurso jurídico oficial, de matriz positivista. Desde a dogmática alemã é possível inferir uma “crise” em relação à culpabilidade⁴. Em razão do problema, é indispensável construir um novo fundamento ético material para a culpabilidade, que seja capaz de garantir a democracia e as liberdades individuais, e que contribua para uma possível diminuição das formas de violência, em atenção à *alteridade*⁵.

A racionalidade formal – avessa às práticas libertadoras e à *exterioridade do outro* levinasiana – traz em si um fascínio capaz de cegar àqueles que não percebem os reais

² BARATTA, Alessandro. La vida y el laboratorio del derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal. **Doxa**, Alicante, n. 5, p. 275-295, 1988. Disponível em : <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141747.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2016. p. 275.

³ Ibidem. p. 276.

⁴ Uma síntese do falso problema (determinismo vs. livre arbítrio) está em: BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Liberdades**, São Paulo, n. 8, p. 52-94. set./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

⁵ Neste texto, a *alteridade* será concebida a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas e Enrique Dussel.

objetivos dos tradicionais discursos jurídicos: a preservação de um poder alienante (obstáculo social). Sendo o homem o conjunto das suas relações sociais, qualquer perspectiva positivista se torna funcional à preservação do sistema de poder em que ocorrem as interações, pois não há qualquer indagação a respeito dos pressupostos constitutivos da estrutura social⁶. Surge, assim, como necessidade premente perceber que os discursos jurídicos tradicionais – conservadores – constroem os processos interpretativos do conceito de culpabilidade, estabelecendo verdades seletivas, de modo que a construção de um novo fundamento material da culpabilidade não pode ficar apenas no nível dos consensos racionais da Ética do Discurso, desprovidos de qualquer pretensão de verdade ética, porque tais consensos – geralmente – negam a *alteridade* de sujeitos dissonantes, beneficiando apenas aqueles que estão no “círculo de consenso”. Ou seja: ainda que a noção de verdade prática (*alétheia praktiké*) ou ética (de conteúdo material) decorra da palavra (*logos*), para além de uma “teoria da validade”, baseada em acordos intersubjetivos (*razão comunicativa*), que representa um “momento formal” da culpabilidade, é também necessária uma “teoria da verdade” (*razão ético-crítica*), baseada na *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade*, que representa um *momento material* da culpabilidade. Em síntese: não há *validade* (forma) seriamente concebida sem pretensão de *verdade* (conteúdo), a qual, desde a Ética da Libertação, só pode ser a afirmação da *vida*⁷.

Pretende-se, então, demonstrar que qualquer conduta desviante, ainda que violadora da vida (fundamento primeiro de toda ética), não pode gerar uma reação oficial que negue a vida do *outro*, pois isso propagaria um ciclo de violência responsável pelo extermínio da vida em geral⁸, que é o principal bem jurídico orientador das políticas ligadas

⁶ É necessário negar uma filosofia burguesa positivista, fundada em sistemas abstratos e antidialéticos, evidenciando as relações de dominação advindas do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal. A autoconservação do sistema culmina na negação da vida humana.

⁷ DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Trad. Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 207-208: “Não há validade sem verdade. Não há validade séria sem pretensão de verdade; não há verdade em sentido pleno sem pretensão de validade. Toda argumentação tem simultaneamente uma dupla referência: por um lado, é um instrumento de verificação (em sentido lato); por outro, de validação”. É a partir da articulação do *critério de validade moral intersubjetivo (formal consensual)* com o *critério de verdade prática (material, de conteúdo)* que surge o *critério de factibilidade (materialidade de conteúdo e consensualidade validade)*. Eis a *eticidade*: o bem”. Grifo nosso

⁸ O uso da violência incute no agredido um sentimento de legitimidade da sua reação (vingança). Na relação agressor-agredido-agressor se estabelece um ciclo de reações violentas com resultados imprevisíveis, evidenciando a irracionalidade do emprego da violência que nega a alteridade do outro. A violência torna qualquer ação social mais imprevisível, de modo que essa imprevisibilidade deve ser arrefecida pela intervenção racional do Estado, comprometida eticamente com a vida, através de um Direito Penal Humano (mínimo).

ao funcionamento do Sistema de Justiça Criminal em um Estado Social e Democrático de Direito. E qualquer construção de um fundamento material para a culpabilidade somente poderá ser considerada eticamente factível se for favorável ao princípio universal de *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito* (a vida humana concreta de cada ser humano)⁹.

O conceito de *alteridade* – desde o pensamento de Lévinas e Dussel – é um elemento indispensável para essa construção. Na perspectiva da *alteridade*, a culpabilidade deixa de ser construída a partir da totalidade egológica do julgador, do sujeito desviante ou da vítima – sujeitos isolados – para ser construída a partir da *exterioridade do outro*, assumindo uma *responsabilidade por outrem*. A culpabilidade enquanto *juízo de alteridade* coloca suas luzes sobre a ampla complexidade do Sistema de Justiça Criminal, evitando o uso da pena como forma de satisfação de qualquer pretensão de vingança particular ou coletiva (*razão egoísta*). A culpabilidade abandona fundamentos metafísicos para se sustentar na realidade histórica, social e econômica dos sujeitos concretos em sociedade, obrigando os atores jurídicos a assumirem eticamente a *responsabilidade por outrem* em cada ato processual, promovendo uma transformação do Sistema de Justiça Criminal. Trata-se de uma proposta de mudança filosófica e cultural no campo jurídico-penal, que depende de uma abertura ética ao “rosto do outro”¹⁰, algo reconhecidamente de difícil realização – mas não impossível! – em um momento quando a barbárie, a violência e a morte diária de milhares de pessoas parece não incomodar mais.

Essa perspectiva fundada na *alteridade* é capaz de dar à culpabilidade a condição de redutor do eficientismo penal de sociedades eticamente atrasadas, onde muitos atores jurídicos ainda apresentam sintomas de um narcisismo moderno que luta para não perder o controle do entorno, ou seja, para não perder as suas verdades fundantes. Aparentemente, não é o medo da morte violenta que funda as práticas atuais do Sistema de Justiça Criminal; é o medo da perda do controle do entorno (imaginário), jamais controlado. Ao lado deste medo de perda de controle do entorno aparece, como obstáculo à construção de um novo fundamento material à culpabilidade, a alienação de uma população que voluntariamente se apresenta servil ao poder punitivo estatal, desejosa de mais controle social, especialmente

⁹ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação... Op. cit. p. 636: “as palavras ‘produção, reprodução e desenvolvimento’ da vida humana do sujeito ético ‘sempre’ significam não só o vegetativo ou o animal, mas também o ‘superior’ das funções mentais e o desenvolvimento da vida e da cultura humana”.

¹⁰ LÉVINAS, Emmanuel. Ética e **infinito**. Lisboa: Edições 70. 1988. p. 89: “O laço com outrem só se aperta como responsabilidade, quer esta seja, aliás, aceita ou rejeitada, se saiba ou não como assumi-la, possamos ou não fazer qualquer coisa de concreto por outrem: Dizer: eis-me aqui. Fazer alguma coisa por outrem. Dar. Ser espírito humano é isso”.

por conta de um medo ubíquo sustentado pelos veículos de comunicação de massa (*mass media*). Estes, dentre outros fatores, evidenciam que a culpabilidade acaba servindo como ferramenta jurídica de gestão da população, neutralizando seletivamente as resistências prejudiciais ao funcionamento do sistema socioeconômico vigente.

Nesta configuração social, a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade, fundado na Ética da Alteridade, pode representar um corajoso corte epistemológico. Afinal, mesmo o Direito sendo uma forma de violência – especialmente o Direito penal –, é necessário mitigar essa violência, configurando tal postura uma “utopia possível”¹¹. Trata-se de um “sonho diurno”, uma força renovadora, que fundamenta uma consciência libertadora, capaz de projetar o futuro com melhoria do mundo¹². O real não é apenas o que está aí; outro mundo é possível! Apesar da tradição liberal burguesa que confere validade à culpabilidade, especialmente a partir das contribuições da dogmática penal alemã, é mais do que necessário construir um novo fundamento material.

É necessário ressaltar que um novo fundamento material para a culpabilidade não corresponde a qualquer tipo de essência ou natureza (realismo naturalista). A pretensão é de ver a culpabilidade desde momentos históricos e lugares diversos, afastando-se da “jurisprudência dos conceitos” (academicismo estéril eurocêntrico) e dando a ela a possibilidade de transformar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, desde uma nova concepção do fenômeno criminal.

1 A CRISE DA CULPABILIDADE: NECESSIDADE DE UM FUNDAMENTO ÉTICO MATERIAL

A denominada *crise da culpabilidade* estaria vinculada ao dilema tradicional existente entre *determinismo* e *livre arbítrio*. Na perspectiva determinista, os sujeitos seriam um mero objeto, sem dignidade humana; na perspectiva indeterminista (livre arbítrio), não haveria fundamento à pena, uma vez que o “poder agir de outro modo” não seria demonstrável.

Por isso, atualmente, em termos dogmáticos e empíricos, é possível afirmar que esses paradigmas estão falidos, pois é impossível provar a concreta liberdade de agir do autor

¹¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* Op. cit. p. 476: “Se o atual não permite que se viva, é preciso imaginar um ‘mundo onde seja possível viver’”.

¹² *Ibidem*. p. 483: “Este ‘projeto’ não é um ‘modelo de impossibilidade’ (como a ‘competição perfeita’ de F. Hayek ou a ‘comunidade de comunicação ideal’ de Habermas). É porém uma alternativa possível, um projeto ético-estratégico histórico onde se antecipa contrafactivamente a ‘nova’ comunidade de comunicação onde os não participantes serão participantes. Mas é preciso ter na devida conta que é uma ‘nova’ comunidade e não simplesmente a ‘introdução’ dos excluídos na ‘mesma’ comunidade hegemônica anterior”.

concreto, não havendo um fundamento para a reprovação da culpabilidade. É insuficiente para a reprovação da culpabilidade uma liberdade abstrata, desprovida de um sujeito concreto, na realização de uma conduta concreta¹³. A liberdade apenas exclui a imposição causal no âmbito das ações humanas, não sendo possível constituir prova direta da sua existência. Seguindo o pensamento de Engisch, no sentido da impossibilidade empírica de comprovação do “poder agir de outro modo”, afirma Vives Antón: “nunca podemos estar absolutamente seguros de que, quando reproduzimos qualquer experimento para confirmar o resultado, não nos passem despercebidas variações relevantes”¹⁴. Ou seja: ainda que se queira ser “profeta do passado”, não há como provar que determinado sujeito poderia agir de modo diverso em uma situação pretérita, objeto da construção da reprovação em um julgamento.

A culpabilidade, enquanto “juízo de reprovação”, a partir da presunção absoluta de “liberdade da vontade” do agente (*livre arbítrio*), padece de sério problema: está fundada em uma ética normativa (*juízos de valor*), desprovida de validade empírica (indemonstrável)¹⁵. No viés tradicional, o fundamento da culpabilidade, então, seria o *poder atuar de outro modo* (liberdade: capacidade de se guiar pela razão). Conforme crítica de Vives Antón, isso não é demonstrável. A liberdade deve deixar de ser fundamento da culpabilidade (critério moral) para se tornar pressuposto da ação ou omissão de ação (critério físico). É necessário indagar até quais condições empíricas é possível falar de um comportamento como “livre” em um sentido que permita imputá-lo ao respectivo agente. Segundo o professor catedrático de Valência: “ao falar de ‘livre arbítrio’ (*free will*) para designar a liberdade, evoca-se uma imagem escolástica: a imagem de uma substância espiritual fragmentada em potências, das quais uma (a vontade) seria livre (ou seja, se determinaria só por si e diante de si)”¹⁶. Então, apesar de indemonstrável, a “liberdade de agir” é indispensável para a atribuição de qualquer responsabilidade penal, desde o conceito de ação ou omissão de ação. Afirma Vives Antón: “a liberdade é um círculo do qual a ação humana e a razão humana não podem sair, pois constitui o ‘juízo’ desde o

¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. O princípio da culpabilidade. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 35-64, jan./jun. 2010. p. 45-46.

¹⁴ *Ibidem*. p. 48.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis; Curitiba: Conceito; ICPC, 2010. p. 283: “a responsabilidade pelo próprio comportamento não pode ser uma questão metafísica, dependente de pressupostos indemonstráveis, porque é um problema prático ligado à realidade da vida social”.

¹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativo y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 325-326.

qual, para uma e para outra, se abrem as portas do mundo”¹⁷. Em síntese: se a ação ou omissão de ação decorrem inteiramente de causas, sem lugar para a razão, não há ação ou omissão de ação¹⁸, e isso antecede qualquer juízo de reprovação realizado no âmbito da culpabilidade.

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

a sobrevivência do ego só é possível pelo respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade* – e não a *presunção de liberdade* – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de reprovação pessoal pelo comportamento social¹⁹.

Tal ideia de *alteridade* requer maior aprofundamento teórico e filosófico, algo pretendido neste ensaio, sendo necessária, inicialmente, uma aproximação à *filosofia da linguagem*, que constituirá o momento formal da validade intersubjetiva do fundamento material da culpabilidade.

2 CULPABILIDADE E FILOSOFIA DA LINGUAGEM: MOMENTO FORMAL E VALIDADE INTERSUBJETIVA

Para a construção de um novo fundamento material à culpabilidade, aliado aos princípios da Ética da Alteridade, é indispensável a aplicação da consensualidade da *razão discursiva*. No entanto, isso deve se realizar desde o reconhecimento de uma intersubjetividade simétrica das vítimas em comunidade solidária, ou seja, uma simetria a partir da assimetria gerada desde o Sistema de Justiça Criminal, saindo da consensualidade do círculo hegemônico opressor e estabelecendo o contradiscurso da alteridade excluída²⁰.

¹⁷ Ibidem. p. 328.

¹⁸ Ibidem. p. 326-327.

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** Op. cit. p. 283.

²⁰ LÉVINAS, Emmanuel. **De otro modo que ser o más allá de la esencia**. Trad. Nijhoff Haia. Salamanca: Sígueme, 1987. p. 216-217 apud DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação...** Op. cit. p. 412: “A linguagem já é um ceticismo. Porventura o discurso coerente que se absorve inteiramente no dito não deve sua coerência ao Estado que exclui, pela violência, o discurso subversivo? [...] O interlocutor que não se dobra à lógica é ameaçado de prisão ou de ir ao asilo onde sofre o prestígio do mestre ou a medicação do médico: violência ou razão de Estado asseguram ao racionalismo lógico uma universalidade é à lei uma matéria

É fundamental reconhecer que a validade intersubjetiva da argumentação “livre de dominação” não existe na realidade do mundo, ficando apenas na esfera ideológica, e, para a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade é necessário ir além do imaginário da Ética do Discurso, situado apenas no horizonte de uma moral formal.

O fundamento material da culpabilidade para ter pretensão de verdade ética não pode ficar adstrito ao cumprimento de regras do consenso intersubjetivo, uma vez que a verdade dele decorrente deve atender às exigências materiais ou de conteúdo responsáveis pela produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade. Trata-se da *dialogicidade intersubjetiva da razão discursiva ético-crítica*, onde um novo fundamento material à culpabilidade será forjado por uma crítica dialógica, desde a comunidade intersubjetiva das vítimas do Sistema de Justiça Criminal. Há a inclusão da dimensão estritamente ética do conteúdo material negado, não sendo meramente uma moral formal.

Sendo a moral formal da Ética do Discurso responsável para preservação de uma ideia de reprovação no âmbito da culpabilidade, é ela também responsável pela preservação ou otimização da produção de vítimas ou oprimidos advindos dos seus consensos intersubjetivos²¹. Dito de outro modo: muito embora a validade discursiva nos remeta à intersubjetividade, é necessário ter em conta que os juízos de reprovação que tradicionalmente fundamentam a culpabilidade acabam por negar a vida no plano da realidade material do mundo e, portanto, não podem ser considerados materialmente válidos. Como esclarece Dussel: “A Ética da Libertação propõe, por isso, que é necessário definir um critério de validade moral intersubjetivo (formal consensual) que deve articular-se com o critério de verdade prática de reproduzir e desenvolver a vida humana (material, de conteúdo)”²². Nesse sentido, o reconhecimento do discurso do *outro* é o primeiro momento do processo ético de libertação²³. É pressuposto, portanto, a conscientização

submissa... Isto nos lembra o caráter político – num sentido muito amplo – de todo racionalismo lógico, aliança da lógica com a política”.

²¹ DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 417: “para a Ética do Discurso, as condições mínimas reais para a possibilidade de uma discussão válida são: a *sobrevivência* da comunidade real de comunicação, e a participação simétrica de todos os atingidos possíveis. Mas, ao levar em conta aquilo que agora chamamos de *principium exclusionis* (a impossibilidade empírica de não excluir alguém do discurso), torna-se eticamente problemático o que se refere a todos os atingidos ‘possíveis’ já que, como insistiremos, não é possível nem sequer descobrir a sua existência (afeta-os uma ‘impossível’ participação com efeito, nunca poderão todos os afetados ser participantes reais”.

²² Ibidem. p. 208.

²³ Ibidem. p. 212: “O reconhecimento do sujeito ético como igual é um momento do exercício da razão ético-originária, anterior ao uso da razão discursiva enquanto tal. Para argumentar seriamente, é necessário, de antemão, re-conhecer o Outro como igual”.

crítica e a legitimação da transformação aqui pretendida, com especial reconhecimento da produção (in)voluntária de vítimas pelo Sistema de Justiça Criminal²⁴, que é tradicionalmente articulado de modo performativo autorreferente.

A partir da Ética da Alteridade é buscada uma *práxis de libertação*, independentemente de processos revolucionários de difícil concretização histórica (*razão ético-estratégica*). Essa pretensão ganha legitimidade empírica quando se percebe a evolução do uso da prisão como ferramenta de controle social e neutralização de sujeitos incapazes de se submeter à condição de força de trabalho domesticada ou de bom consumidor²⁵. Tais sujeitos representam – em larga escala – a “humanidade sobrando”: sujeitos excluídos, desempregados, desprezados²⁶.

3 CULPABILIDADE, ALTERIDADE E LIBERTAÇÃO: MOMENTO MATERIAL E VERDADE ÉTICA

Enquanto a Ética da Libertação parte dos excluídos da comunidade de comunicação (vítimas da não comunicação), a Ética do Discurso parte da comunidade de comunicação. O ponto de partida deve ser a vítima, o outro, que não é uma pessoa igual na comunidade argumentativa; é aquele outro apoditicamente negado-oprimido (*principium oppressionis*) em algum aspecto e também afetado-excluído (*principium exclusionis*).

Desde a *razão ético-crítica* os procedimentos da moral formal para obtenção da validade intersubjetiva, no campo da culpabilidade, podem ser classificados como pré-críticos, ou seja, representam uma dimensão essencial da vida humana, mas são insuficientes para o reconhecimento da verdade prática, de modo que devem se ligar ao momento material (de conteúdo ético) para a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em comunidade*²⁷. Para afastar a incongruência dos métodos na construção do

²⁴ Ibidem. p. 124: “De fato, há sempre algum tipo de dominação. Mas, essa deve ser superada no momento em que for descoberta”.

²⁵ MOURA, Tatiana Wately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2016. p. 15: “De acordo com os últimos dados coletados – junho de 2014 – a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990”.

²⁶ DUSSEL, Enrique. Ética da libertação... Op. cit. p. 66.

²⁷ Ibidem. p. 185: “Para uma Ética da Libertação as regras formais intersubjetivas da argumentação prática têm sentido como procedimento para aplicar as normas, mediações, fins e valores de culturas, geradas a partir do âmbito do ‘princípio universal material’, que é pré-ontológico e propriamente ético”.

fundamento material da culpabilidade, é proposto um diálogo com a Ética da Alteridade (Lévinas) e a Ética da Libertação (Dussel).

3.1 CULPABILIDADE E ÉTICA DA ALTERIDADE EM LÉVINAS

A *alteridade* é urgente em um contexto social e cultural em que vem imperando o narcisismo e o cinismo, ou seja, em um momento histórico em que há grande fragmentação social, um culto ao egoísmo e indiferença em relação ao *outro*, culminando na proliferação de atos violentos (como a exclusão social e os crimes em geral praticados por agentes públicos e particulares; a *negação da vida*), preservando uma ordem capitalista neoliberal. Em um cenário desse matiz, a intersubjetividade e a *responsabilidade por outrem* perdem espaço para a satisfação ilimitada do gozo de um ego narcísico, orientado por uma razão cínica (fundada na aceitação da morte do outro) e intolerante, que nega a vida do *outro* no momento da prática de um crime ou no momento de julgar (inquisitorialismo e fascismo processual) e castigar (punitivismo) (i)legitimamente qualquer prática delituosa.

Nesse contexto, o pensamento de Emmanuel Lévinas (1906-1995) representa uma fonte filosófica – exposição à luz; desvelamento – para a transformação ética das normas, atos, instituições do Sistema de Justiça Criminal, porque nele a ética surge como “filosofia primeira” (anterior à ontologia)²⁸, fazendo frente aos totalitarismos sistêmicos (à la Jakobs²⁹) e aos imperialismos do Eu narcísico e cínico. Segundo Lévinas, o *sujeito ético* é aquele fundado na intersubjetividade, observada a transcendência do “para o outro” (*responsabilidade por outrem*), na vida vivida pelo humano (“devotar-se ao outro”)³⁰.

Em suas palavras:

a possibilidade de um-para-o-outro, um para o outro, que é o acontecimento ético. Na existência humana que interrompe e supera seu esforço de ser – seu *conatus essendi* spinozista – a vocação de um existir-para-outrem mais forte que a ameaça da morte; a aventura existencial do próximo importa ao seu antes

²⁸ As relações entre os seres humanos antecedem qualquer compreensão a respeito do conhecimento do ser em geral (ontologia fundamental) representam, além disso, a vida em sua essência. A relação com outrem é o começo do inteligível. Daí a ética ser, em Lévinas, a “filosofia primeira”. Como adverte Dussel, Lévinas busca “situar-se sistematicamente a partir de fora da mera ordem gnosiológica”. Ver: DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 353.

²⁹ Ver: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo**: noções críticas. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁰ LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. 3. ed. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 187: “A relação com outrem é a única que introduz uma dimensão da transcendência e nos conduz para uma relação totalmente diferente da experiência no sentido sensível do termo, relativa e egoísta”.

que a sua própria, colocando o eu diretamente como responsável pelo ser de outrem; responsável, quer dizer, como único e eleito, um eu que não é mais um indivíduo qualquer do gênero humano³¹.

A razão ética nasce da *responsabilidade pelo outro* (conteúdo último do ético). O “para o outro” obriga³². A *responsabilidade por outrem* é o momento ético dominado por um amor sem concupiscência (desejo desinteressado, generoso). É ir ao encontro do “rosto de outrem” generosamente, despindo-se de qualquer interesse pessoal ou expectativa de benefício próprio. Diante do “rosto de outrem”, a subjetividade desperta do egológico (egoísmo e egotismo), perdendo sua prioridade, especialmente porque, em um mundo repleto de guerras, fome, exclusão e morte, a preocupação consigo mesmo é “tragicômica”, sendo ilusório privilegiar o sujeito da modernidade, supostamente racional (*animal rationale*)³³. A identidade do eu humano se estabelece a partir dessa *responsabilidade por outrem*: uma deposição do eu soberano na consciência de si. Segundo Dussel, toda a “ordem do saber” é uma resposta a esta “responsabilidade obrigante”³⁴. Em termos humanísticos, essa responsabilidade é uma incumbência irrecusável, encargo que dá suprema dignidade ao único, ao Eu³⁵. A esse respeito afirma Dussel: “quando o outro aparece em posição de assimetria (que enquanto vítima vem ‘de cima’ e como ‘superior’ eticamente: me obriga), a vontade fica antes de toda decisão impactada como ‘responsável’ (como o que antes de tudo assume o outro)”³⁶. Nessa perspectiva, onde a *responsabilidade por outrem* é algo constitutivo dos sujeitos (sem o *outro* o *eu* não possui sentido), ocorre uma abertura para a *exterioridade do outro*, reconhecendo que cada um de nós é apenas uma parte do todo: consciência de sua particularidade³⁷. Razão e linguagem surgirão somente a partir dessa relação “face a face” com *outrem*.

³¹ Id. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 19.

³² DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 371.

³³ LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 83.

³⁴ DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 371-372.

³⁵ LÉVINAS, Emmanuel. Ética e **infinito**... Op. cit. p. 92-93.

³⁶ DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 368.

³⁷ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**... Op. cit. p. 36: “O pensamento começa, precisamente, quando a consciência se torna consciência de sua particularidade, ou seja, quando concebe a exterioridade para além de sua natureza de vivente, que o contém; quando ela se torna consciência de si ao mesmo tempo que consciência de exterioridade que ultrapassa sua natureza, quando ela se torna metafísica”.

Para Lévinas,

outrem, como outrem, não é somente um *alter ego*. Ele é o que eu não sou: ele é o fraco enquanto eu sou forte ele é o pobre; ele é a “viúva e o órfão”[...]. A exterioridade social é original e nos faz saída das categorias de unidade e de multiplicidade que valem para as coisas³⁸.

Enfim, *outrem* é, antes de tudo, aquele por quem sou responsável e “é sempre a partir do Rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça, que comporta julgamento e comparação, comparação daquilo que, em princípio, é incomparável, pois cada ser é único; todo outrem é único”³⁹.

No entanto, desde a modernidade, no desenvolvimento daquilo que se considerará Justiça, inexoravelmente, surgirão instituições de Estado com o objetivo de estabelecer responsabilidades àqueles que praticarem condutas desviantes, impondo certo grau de violência institucional, consistente na pena criminal, decorrente do juízo de reprovação fixado no âmbito da culpabilidade. Pois bem, tomando o *outro* a sério, somente a partir do “rosto de outrem” é que o Estado – ou o Sistema de Justiça Criminal – adquirirá legitimidade nas suas ações⁴⁰. Lévinas afirmará: “na realidade, sou responsável por outrem, mesmo quando pratica crimes, mesmo quando outros homens cometem crimes [...] todos os homens são responsáveis uns pelos outros, ‘e eu mais que todo mundo’”⁴¹. É da filosofia levinasiana, com apoio na literatura de Dostoiévski⁴², considerar o Eu o mais culpado de todos, ou seja, cada um de nós tem uma obrigação infinita perante outrem, deixando de interrogar sobre reciprocidade, assumindo uma responsabilidade ao se aproximar do “rosto”, ciente que nunca está quite com o próximo. Enfim, “o único valor absoluto é a possibilidade humana de dar, em relação a si, prioridade ao outro”⁴³.

³⁸ Id. **Da existência ao existente**. Trad. Paul Albert Simon e Ligia M. de Castro Simon. Campinas: Papirus, 1998. p. 113.

³⁹ Id. **Entre nós...** Op. cit. p. 144.

⁴⁰ Ibidem. p. 145-146: “[...] é a partir da relação com o Rosto ou de mim diante de outrem que se pode falar da legitimidade do Estado ou de sua não legitimidade. Um Estado em que a relação interpessoal é impossível, em que ela é por antecipação dirigida pelo determinismo próprio do Estado, é um Estado totalitário. Há, pois, um limite para o Estado”.

⁴¹ Ibidem. p. 148.

⁴² DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikhailovitch. **Notas do subsolo**. Trad. Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 10: “O mais importante é que, por mais que se reflita a respeito, de qualquer maneira resulta que eu sempre sou o principal culpado de tudo e, o que é mais lastimável, sou culpado sem culpa e de acordo com as leis da natureza, por assim dizer”.

⁴³ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós...** Op. cit. p. 150.

Ainda no âmbito de uma filosofia aplicável à teoria da justiça, são pertinentes as seguintes ponderações de Lévinas:

A justiça não é justiça a não ser numa sociedade na qual não há distinção entre próximos e distantes, mas na qual é impossível também colocar-se do lado dos mais próximos; na qual a igualdade de todos é medida por minha desigualdade, pelo mais de meus deveres sobre meus direitos. O esquecimento de si move a justiça. Por isso não deixa de ter importância o saber se o Estado igualitário e justo no qual o homem se realiza... procede de uma guerra de todos contra todos ou da responsabilidade irreduzível do *um* para com todos e se pode dispensar-se da amizade e do rosto...⁴⁴.

Essas observações éticas de Lévinas são indispensáveis para a construção de um fundamento material para a culpabilidade. A responsabilidade irrecusável – obrigante – em relação ao outro implica o desenvolvimento de uma nova dogmática penal em relação à culpabilidade. Afinal,

culpabilidade e inocência supõem um ser, que não coincide com a totalidade do ser, já que ele é culpado ou inocente em relação a outrem, ou, ao menos, em relação a um princípio que ultrapassa o eu [...]. culpabilidade e inocência supõem que o ser livre pode lesar um ser livre e sofrer as repercussões do mal que terá causado e, conseqüentemente, que a separação entre seres livres no seio da totalidade permanece incompleta⁴⁵.

Evidentemente é indispensável o afastamento de qualquer matriz maniqueísta na construção de um fundamento material para a culpabilidade. A tradicional pretensão de reprovação na formação da vontade não é suficiente para haver respeito à *exterioridade do outro*, pois ela simplifica a complexidade das relações de poder em uma determinada estrutura social, eliminando a *responsabilidade pelo outro* inerente à ética. O *establishment* busca negar a alteridade do *outro*, a partir de um fetiche de si próprio, forjando sujeitos iguais no sentido de eliminação dos obstáculos para a preservação da totalidade que o constitui. Essa forma tradicional de fundamentar a culpabilidade está ligada à ideologia bélica de “Guerra contra o crime”⁴⁶, cujos resultados históricos são inequivocamente inúteis para os fins declarados pelo discurso jurídico oficial. Os sujeitos desviantes – o *outro* negado pela totalidade punitivista

⁴⁴ Id. **De outro modo que ser o más allá de la essência**. Trad. Nijhoff Haia. Salamanca: Sígueme, 1987. p. 203 apud DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* Op. cit. p. 412.

⁴⁵ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós...** Op. cit. p. 40.

⁴⁶ SUSIN, Luiz Carlos. Lévinas: a ética é a ótica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. **Dialética e liberdade**: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 340: “A guerra está intrinsecamente ligada à vontade de totalidade, é a forma mais misteriosa e trágica da festa de totalização”.

– são vistos como obstáculos a serem neutralizados seletivamente⁴⁷. Já a *alteridade* nega qualquer modelo ideal ou fechado (totalizante). As aberturas da *alteridade* mantêm o diálogo com as *exterioridades*. É o *antifetichismo*: abertura ao *infinito* ou à *exterioridade* (lugar de todas as alteridades)⁴⁸. Lévinas sustentará que “a teoria onde surge a verdade é a atitude de um ser que desconfia de si próprio. O saber só se torna saber de um fato se, ao mesmo tempo, for crítico, se se puser em questão, se remontar além da sua origem”⁴⁹. Portanto, a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade exige uma *razão ético-crítica* (essência do saber)⁵⁰, colocando em questão a fundamentação tradicional (*reprovabilidade*). Sem essa perspectiva, o conhecimento fica reduzido ao dogmatismo totalizante e ao solipsismo:

O saber, cuja essência é crítica, não pode reduzir-se ao conhecimento objectivo; conduz para Outrem. Acolher Outrem é pôr a minha liberdade em questão [...] a evidência do *cogito* – em que conhecimento e conhecido coincidem sem que o conhecimento tenha tido de intervir, em que o conhecimento, por consequência, não comporta nenhum compromisso anterior ao compromisso presente, em que o conhecimento está, a cada instante, no começo, em que o conhecimento está em situação (o que, aliás, é característica própria de toda a evidência, pura experiência do presente sem condição nem passado) – não pode satisfazer a exigência crítica, porque o começo do *cogito* lhe é anterior.⁵¹

Ocorre, assim, o denucleamento do ser e da identidade, como sustentado por Susin: “antes da filosofia, porém, há a experiência ética, e antes da experiência ética há esta novidade absoluta do ‘outro’ na palavra e na face, na linguagem e na corporeidade, que desenfeitiça o mundo e o sistema solitário do ser”⁵².

⁴⁷ O novo discurso, o discurso da “criminologia do outro” ou “o inimigo” sustenta que a periculosidade dele decorrente deve ser gerida por técnicas de neutralização. Trata-se de um discurso bélico, com uma postura defensiva e agressiva (visando a neutralização seletiva e preventiva). Ver: PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC; Ledze, 2012. p. 155: “a gestão administrativa das penas fala uma outra língua: não mais aquela de punir os indivíduos, mas de gerir grupos sociais em razão do risco criminal; não mais aquela correcionalística, mas aquela burocrática de como otimizar os recursos escassos, em que a eficácia da ação punitiva não está mais em razão dos ‘telos’ externos ao sistema (educar e intimidar), mas em razão de exigência intrassistêmicas (neutralizar e reduzir riscos)”.

⁴⁸ A relação com o *outro* não corresponde à totalidade (divina ou humana); não é totalização da história, é infinito. Ver: LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito...** Op. cit. p. 39-40.

⁴⁹ Ibidem. p. 72.

⁵⁰ Na Tese 4, Dussel afirma: “o ‘ético-crítico’ indica o momento próprio da ética de libertação. A ética é crítica a partir das vítimas, a partir da alteridade. É o ‘ético’ como tal, ou o faceaface como encontro de pessoas”. DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação...** Op. cit. p. 633.

⁵¹ LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito...** Op. cit. p. 75.

⁵² SUSIN, Luiz Carlos. Lévinas: a ética é a ótica... Op. cit. p. 341-342.

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

3.2 CULPABILIDADE E ÉTICA DA LIBERTAÇÃO EM DUSSEL

Para além do nível moral formal da Ética do Discurso, onde imperam consensos totalizantes que negam a *exterioridade do outro*, preservando a negação dos excluídos, deve a culpabilidade se fundamentar nos primados da Ética da Libertação.

A Ética da Libertação, desenvolvida por Dussel, tem como conteúdo a vida humana (*princípio material universal*), que não é um conceito, uma ideia ou um horizonte ontológico abstrato. É o modo de realidade de cada ser humano concreto, condição absoluta da ética e exigência de toda libertação. É o lugar onde está o conteúdo das suas ações, pulsões e desejos, e onde serão fixados os fins para satisfação das exigências da vida humana. A corporalidade, a sensibilidade e a vulnerabilidade do homem condicionam e limitam as suas ações⁵³. O *juízo de fato*, admitido pela Ética da Libertação, não é meramente instrumental ou formal, mas um enunciado de realidade, material, e, como tal, um enunciado sobre um sujeito vivente como humano.

Segundo Dussel:

Aquele que atua humanamente sempre e necessariamente tem como conteúdo de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento autoresponsável da vida de cada sujeito humano numa comunidade de vida, como cumprimento material das necessidades de sua corporalidade cultural (a primeira de todas o desejo do outro sujeito humano), tendo por referência última toda a humanidade⁵⁴.

Em sua Tese 3, Dussel rechaça o vitalismo materialista e o conservadorismo dominador (por exemplo, a *wille zur macht* – vontade de poder – narcisista). Sustenta que a vida humana é a “condição absoluta material intrínseca da racionalidade”, de modo que deve estar acima de qualquer racionalismo reducionista. A razão é a “astúcia” da vida, serve como exercício intersubjetivo, e não pode estar acima da própria vida⁵⁵. A

⁵³ DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 131-132.

⁵⁴ Ibidem. p. 134.

⁵⁵ Ibidem. p. 632.

sensibilidade (corporalidade sensível prévia à razão) é pré-ontológica. Segundo o filósofo latinoamericano, num diálogo com o pensamento levinasiano:

É a partir desta anterioridade que o *eu* se abre ao mundo, e nele irrompe de maneira imediata, como o posterior, o pós-ontológico, a partir da hospitalidade de psiquismo do que se situa na *exterioridade* do horizonte do mundo, o “rosto e sensibilidade”, o outro a partir de sua transcendentalidade⁵⁶.

Isto serve de alerta para o racionalismo formal dos discursos oficiais a respeito da culpabilidade, cujo teor cria obstáculos à concretização da vida. Essa compreensão material da Ética da Libertação é pressuposto para o desenvolvimento da *razão ético-crítica* diante de qualquer ato, norma, instituição ou sistema de eticidade, aqui incluído, por óbvio, o fundamento material da culpabilidade. É da essência da transformação aqui proposta que, desde a alteridade levinasiana e a Ética da Libertação, ocorre uma assunção de responsabilidade irrecusável em relação ao outro (especialmente ao outro em posição de assimetria, vulnerável). Trata-se do conteúdo ético último no pensamento de Levinás: o “para o outro” (responsabilidade que obriga). E isso deve ser preconizado não só em face do criminoso, mas, especialmente, em face do poder punitivo estatal. Assim, nasce a *razão ética*, a única sustentável no pensamento de Dussel⁵⁷. Aqui merecem ser transcritas as críticas que Dussel faz ao racionalismo lógico, à ontologia de Heidegger e à fenomenologia tradicional, com apoio no pensamento de Emmanuel Lévinas:

o mundo da afetividade, da corporalidade, a materialidade das pulsões, “o gozo em si da vida amando a vida (*complaisance em soi de la vie aimant la vie*)”, de nenhuma maneira nega a razão, mas marca seus limites: nem tudo é racional!, diz-nos Lévinas e tem “razão” – pelo menos para uma Ética da Libertação, que é libertação de “vítimas” e não de “satisfeitos”. A ontologia heideggeriana, a fenomenologia tradicional, as lógicas linguísticas do sentido-significação e também da validade intersubjetiva, etc., são filosofias de “satisfeitos” – cuja satisfação é “ponto de partida”, inadvertido e tomado como “realidade” sem mais e sem questionar. Defrontar-se com “insatisfeitos” (as vítimas, os pobres, as mulheres violentadas...) é começar a perguntar-se por toda esta dimensão que Lévinas nos abre de *outra maneira* que Marx, Horkheimer, Freud... mas de acordo com eles no fundo.⁵⁸

O agir eticamente está atrelado, portanto, à obrigação de *produzir, reproduzir e desenvolver a vida concreta de cada sujeito humano em comunidade*⁵⁹. Algo inatingível

⁵⁶ Ibidem. p. 367.

⁵⁷ Ibidem. p. 371.

⁵⁸ Ibidem. p. 412.

⁵⁹ Ibidem. p. 143: “Aquele que atua eticamente deve (como obrigação produzir, reproduzir e desenvolver

pela via dos discursos criminalizantes hegemônicos. O simples trabalho interpretativo do conceito de culpabilidade proposto pela dogmática tradicional (positivismo abstrato e antidialético) pressupõe a aceitação das bases do Sistema de Justiça Criminal. Porém, uma práxis de libertação exige transformação, a partir da *razão ético-crítica*, fruto da consciência ético-crítica: exercício da razão material e formal, ética e comunitário-discursiva enquanto dialogicidade. O fundamento tradicional da culpabilidade – reprovação – busca realizar o “bem”, constituindo um elemento do conceito analítico de fato punível. No entanto, esse momento moral formal que o constitui tem efeitos negativos ou ruins – não intencionais. O reconhecimento das vítimas (carente de vida em alguma dimensão; não realização pulsional quanto à autoconservação) constitui o momento *analético* da dialética. Assim é possível perceber a “não verdade” (Adorno) do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal: resultado das normas, instituições e ações de um sistema que produzem vítimas⁶⁰. Desde um juízo empírico de fato se evidencia a “não verdade” do Sistema de Justiça Criminal, restando demonstradas: a) a não diminuição das diversas formas de violência; b) a não prevenção da pena criminal; c) a não preservação da vida no cárcere. Logo, a “verdade” de caráter formal do fundamento material da culpabilidade é negada empiricamente a partir da negação da vida concreta de vítimas históricas do Sistema de Justiça Criminal. Somente com consciência ético-crítica é possível transformar o fundamento material da culpabilidade. E a partir da constatação da produção de efeitos negativos não intencionais se torna necessária a crítica ético-material, desde a realidade concreta da maioria da humanidade⁶¹. Um giro filosófico e criminológico deve atuar sobre a dogmática penal, buscando a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade – aqui proposta a *alteridade do outro*⁶². Tal fundamento deve ser pensado desde a *intersubjetividade simétrica das vítimas em comunidade*. Ou seja: ao invés da preservação do modelo social e econômico vigentes, da simetria hegemônica opressora, dependente da criminalização de sujeitos excluídos, um novo fundamento material da culpabilidade deve ser pensado a partir da *exterioridade do*

autoresponsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano numa comunidade de vida, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, em além disso, com pretensão de universalidade”.

⁶⁰ Ibidem. p. 375.

⁶¹ Ibidem. p. 315-316: “A alteridade das vítimas descobre como ilegítimo e perverso o sistema material dos valores, a cultura responsável pela dor injustamente sofrida pelos oprimidos, o ‘conteúdo’, o ‘bem’ (o que chamamos em outro trabalho *principium oppressionis*)”.

⁶² Ibidem. p. 16: “O Outro será a/o outra/o mulher/homem: um ser humano, um sujeito ético, o rosto como epifania da corporalidade vivente humana”.

outro, a partir daqueles que são a maioria e que estão igualmente em situação de exclusão. Sem a percepção do caráter pernicioso do formalismo dos discursos jurídicos oficiais e da correlata exclusão material (negação) da vida de sujeitos vitimados pelo atual Sistema de Justiça Criminal não haverá uma dialética contraditória.

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

Ocorre que, tradicionalmente, o Direito penal dos países latinoamericanos é um lugar por excelência para a colonização das subjetividades de sujeitos historicamente subjugados pelo poder colonizador visível nos interesses de mercado e da economia política em geral. Um caminho para a libertação dessa lógica colonizadora e totalizante – condição para uma existência autêntica – é a construção de um novo fundamento material para a culpabilidade. Um novo fundamento a partir da *alteridade*. É preciso deixar a condição de “ser interpretado”, fugir do “poder pastoral” da dogmática europeia ou das estratégias bélicas dos Estados Unidos da América que fundam os tradicionais e hegemônicos discursos de criminalização. É necessário ter consciência de que em um quadro social de grande exclusão, a ameaça de perda da liberdade não produz o efeito desejado sobre sujeitos desviantes, especialmente, naqueles que estão em situação de extrema miséria ou que, embora bem situados no quadro socioeconômico, percebem a ineficiência do sistema para além daquilo que Zaffaroni denomina “obra tosca da criminalidade”⁶³: nos primeiros – os excluídos – o “contrato social” (mito liberal burguês) não produz qualquer sentido, já que não participam do desenvolvimento das “cláusulas” e muito menos dos direitos nele estabelecidos; nos últimos – aqueles que percebem a ineficiência do Sistema de Justiça Criminal para além da “criminalidade de rua” ou “criminalidade de varejo” – não produz qualquer sentido diante do desejo ilimitado de satisfação das suas pulsões egoísticas, típicas de uma estrutura psicológica narcisista e cínica.

É preciso reconhecer a partir da *alteridade* que só é criminalizado aquilo que é desejado. Nos casos de corrupção, por exemplo, a “onda de combate”, defendida em discursos inflamados e responsável por solapar direitos e garantias fundamentais no âmbito

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do Direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 46. Trata-se, essencialmente, da “criminalidade de rua” ou “criminalidade de varejo”, com destaque aos crimes patrimoniais e a narcotráfica.

do processo penal, configura um sintoma de uma sociedade altamente corrompida pelos ideais de consumo, onde o poder financeiro configura o maior fetiche⁶⁴. O fundamentalismo da “guerra contra o crime” só demonstra que os seus corifeus desejam sufocar em si aquilo que mais odeiam nos outros, demonstrando o caráter endêmico das condutas desviantes em uma sociedade corrompida⁶⁵. Essa constatação é indispensável para perceber que as estratégias do *eficientismo penal* (direito penal do inimigo, *broken windows theory*, *zero tolerance* etc.) apenas mascaram um problema que está enraizado na cultura de uma determinada formação social. A sociedade de consumo inspira sujeitos insaciáveis, sempre em busca de mais (dinheiro e poder) para preencher um vazio existencial gerado pela ausência de limites. São os sujeitos que “vivem sem outrem”: os *neossujeitos*⁶⁶. Todas essas constatações servem para demonstrar que, definitivamente, não será o poder punitivo estatal o responsável pela efetiva proteção de bens jurídicos; são necessárias outras mediações.

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

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

⁶⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002. p. 51: “Sobre a mencionada teoria freudiana do ‘delito por sentimento de culpa’, Theodor Reik funda uma teoria psicanalítica do direito penal baseada sobre a dupla função da pena: a) a pena serve à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação com o delinquente”.

⁶⁵ CALLIGARIS, Contardo. Nossas futilidades. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 nov. 2015. p. C8: “Os jihadistas atacam em nós o que mais os seduz. O que eles odeiam são os atos e os pensamentos que eles precisam destruir dentro de si. Os mortos de Paris, para os jihadistas, não são pessoal (sequer ‘infiéis’): eles são os representantes de suas própria tentações internas. Como sempre, os moralistas perseguem (e até exterminam) seus próprios desejos rebeldes”.

⁶⁶ Ver: LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem o outro. Trad. Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. O desabamento da *transcendência* e a *crise do patriarcado* contribuíram para o surgimento de um sujeito contemporâneo: o *neossujeito* (um *sem outrem*), generalizando a *perversão comum* (não estrutural). São características do *neossujeito*: a) submete-se a tiranias sociais para conservar o seu lugar de escolha; b) absorve tudo que o cerca, sendo muito sensível à mídia; c) tem necessidade de emoções intensas; d) reivindica escolher a partir de si mesmo; e) nele, o gozo prevalece sobre o desejo, sendo incapaz de deixar o gozo; f) tem dificuldades com a temporalidade; g) está exposto à depressão por ter perdido o laço com o terceiro (outrem); h) permaneceu apenas *filho da mãe*, não sofrendo a influência da *economia psíquica paterna*.

- iv. Quanto mais intolerantes elas ficam, mais violentas se tornam;
- v. Quanto mais violentas as pessoas se tornam, mais indiferentes ficaram entre si;
- vi. Quanto mais indiferentes entre si, mais distantes as pessoas estarão.

Em resumo, no viés do eficientismo penal, os processos de criminalização apenas aumentam o distanciamento social e as formas de violência, de modo que é possível concluir que, quanto mais punitivista for uma sociedade, mais sofrerá com o fenômeno da violência. Em uma estrutura social fundada no capitalismo neoliberal há a tendência ao distanciamento social, à intolerância e à ausência de reconhecimento da exterioridade do outro. Tolerância e generosidade são fulminadas. Somente com o reconhecimento da exterioridade do outro é que as regras de conduta que sustentam o Sistema de Justiça Criminal poderão ter reconhecido valor ou aplicação efetiva. Nils Christie, grande criminólogo da Universidade de Oslo, afirmava que: “o maior perigo do delito nas sociedades modernas não é o delito em si mesmo, senão que a luta contra este conduza às sociedades modernas ao totalitarismo”⁶⁷.

A ideia de aproximar os discursos penais à Ética da Alteridade e à Ética da Libertação tem por objetivo geral promover um maior sentimento de pertencimento entre os sujeitos em comunidade, aumentando a coesão social e a diminuição das diversas formas de violência. Em respeito à alteridade, havendo responsabilidade pelo outro, maior será a coesão social, culminando no fortalecimento dos sistemas normativos internos, especialmente o autônomo, conforme sustentado por Freud, no campo psicanalítico⁶⁸, e por Dirk Fabricius, na dogmática crítica⁶⁹.

⁶⁷ CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 24: “el mayor peligro del delito en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra este conduza las sociedades hacia el totalitarismo”.

⁶⁸ FREUD, Sigmund. **Das Unbehagen in der Kultur**. Viena: Verlag, 1930.

⁶⁹ FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22: “A consciência de culpa pode contribuir para a coesão social através da integração do culpado na comunidade. Sem sentimentos de culpa, não se pode enxergar o mal causado. Se os seres humanos não tivessem sentimentos de culpa, não haveria freio para a escalada de violência e agressão. E caso a culpabilidade permaneça não trabalhada, a ferida se cicatriza mal. Desejos de vingança, ressentimento e rancor no lesado, medo e agressão preventiva no autor levam facilmente a um ciclo entre autor, vítima e perseguido, de consequências destrutivas. [...] A apreensão da culpa, sua ponderação realística, o desenvolvimento de um programa de ação apropriado podem ser obstados também por defesa (negação, projeção etc.), onde esses mecanismos de defesa são fomentados social e institucionalmente, eles são especialmente eficazes e suas consequências são gritantes, como mostram a condecoração de soldados bem sucedidos em execuções a homenagem a promotores com muitas condenações – especialmente condenações à morte –, a grupos de extermínio etc.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *razão discursiva* – construção de consensos – é um momento ético necessário, mas insuficiente para a concretização da vida (*razão prático-material*). A *pretensão de validade* (intersubjetividade moral formal), decorrente do processo comunicacional produz uma *verdade formal* que necessita ser complementada pela *pretensão de verdade* (ética material) que produzirá uma *verdade material* que busca sempre garantir a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito em sociedade* (critério de verdade). Logo, são pretensões complementares entre si e simultâneas. Como esclarece Dussel, “toda atualização do real (verdade) é já sempre intersubjetiva; e toda intersubjetividade (validade) tem ‘referência’ a um pressuposto veritativo”⁷⁰. Entretanto, é importante salientar que verdade e validade são finitas, históricas, falíveis, falseáveis ou validáveis em certos níveis. Por isso, a Ética da Libertação irá propor a necessidade de definição de um critério de validade moral intersubjetivo (formal consensual), articulado com o critério de verdade prática de reproduzir e desenvolver a vida humana (material, de conteúdo). Essa articulação permitirá surgir o critério de factibilidade: a eticidade, o “bem”⁷¹.

É provável que a tese sustentada no presente ensaio não seja acolhida pela comunidade jurídica, sufocada por uma razão instrumental de preservação do atual sistema. Há total consciência de que a construção de um consenso em torno de um novo fundamento material para a culpabilidade, fundado na Ética da Alteridade de Lévinas, dependa da superação de muitos obstáculos, dentre os quais é possível citar: a) o medo construído a partir das ações nocivas da *mass media*; b) os discursos bélicos das políticas de segurança pública; c) a burocracia estatal que com seus agentes – geralmente – medíocres, não consegue raciocinar para além da lógica totalizante estabelecida hegemonicamente; d) o ensino jurídico que pouco ou nada contribui para a formação de atores jurídicos com capacidade ético-crítica; e) o eficientismo neoliberal com eliminação de políticas sociais; f) os ideais da sociedade de consumo; g) o narcisismo de neossujeitos que vivem sem outrem. Todos esses obstáculos são elementos ou fontes de alienação e cegueira. Entretanto, o presente trabalho pode representar uma forma de aprendizagem da consciência crítica na (re)construção da dogmática penal (*razão ético-estratégica e tática*), justamente em um momento no qual o pensamento crítico corre sério risco de desaparecer, em face das exigências de um Sistema de Justiça Criminal “eficiente”, segundo um dos fundamentos mais caros ao neoliberalismo.

⁷⁰ DUSSEL, Enrique. Ética da **libertação**... Op. cit. p. 206.

⁷¹ Ibidem. p. 208.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.

BARATTA, Alessandro. La vida y el laboratorio del derecho: a propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal. **Doxa**, Alicante, n. 5, p. 275-295, 1988. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141747.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Liberdades**, São Paulo, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

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

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikhailovitch. **Notas do subsolo**. Trad. Maria Aparecida Botelho Pereira Soares. Porto Alegre: L&PM, 2008.

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

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

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

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

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

LÉVINAS, Emmanuel. **Da existência ao existente**. Trad. Paul Albert Simon, Ligia M. de Castro Simon. Campinas: Papirus, 1998.

_____. **De otro modo que ser o más allá de la esencia**. Trad. Nijhoff Haia. Salamanca: Sígueme, 1987.

_____. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Ética e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Totalidade e infinito**. 3. ed. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2015.

MOURA, Tatiana Wately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: ICPC; Ledze, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis; Curitiba: Conceito; ICPC, 2010.

SUSIN, Luiz Carlos. Lévinas: a ética é a ótica. In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. **Dialética e liberdade**: festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 339-346.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativo y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. O princípio da culpabilidade. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 35-64, jan./jun. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do Direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

