

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
ELEN PATRICIA DA SILVA NASCIMENTO**

**POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO BRASILEIRA COMO FORMA DE
CONTROLE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PENAIS E NÃO DE
RESPONSABILIZAÇÃO DA PENA E OS PREJUÍZOS, DESSA
PRETERIÇÃO, CAUSADOS À IGUALDADE MATERIAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PÁTRIO.**

Pernambuco/2018

ELEN PATRICIA DA SILVA NASCIMENTO

**POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO BRASILEIRA COMO FORMA DE
CONTROLE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PENAIS E NÃO DE
RESPONSABILIZAÇÃO DA PENA E OS PREJUÍZOS, DESSA PRETERIÇÃO,
CAUSADOS À IGUALDADE MATERIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
PÁTRIO.**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na disciplina de Orientação Monográfica da Faculdade de Direito do Recife-UFPE como requisito para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador: Alexandre R. da Maia de Farias

**Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional,
Direito Penal, Filosofia do Direito, Política Criminal.**

Pernambuco/2018

Nome do Autor: Elen Patricia da Silva Nascimento

Título: Política de encarceramento brasileira como forma de controle das relações jurídicas penais e não de responsabilização da pena e os prejuízos, dessa preterição, causados à igualdade material no ordenamento jurídico pátrio.

Monografia de Final de Curso

Para obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

Em memória de
Adeza Alzira da Conceição e
Heronildes Francisco da Silva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, amiga, confidente, Joselita da Silva Nascimento - minha base e alicerce que sempre acreditou e apoiou a realização do meu curso superior e o mais importante sempre encorajou os meus sonhos mais audaciosos e planejamentos - por ser a força motriz da minha luta diária e por me conceder a vida. Ao, meu irmão, Josué Eduardo da Silva Nascimento, ressalto o desejo de alcançar a sua sabedoria e, desde já, agradeço por suas poucas, contundentes e sábias palavras que tanto me dizem sempre.

Ainda, externo minha eterna gratidão aos tijolos e colunas tão importantes nessa caminhada para que ocorresse, aqui, a edificação dos meus planos, sempre, em andamento. O meu muito obrigada pela oportunidade, pela confiança, pelo apoio concedido ao me oportunizar o acesso à Educação de qualidade, freando os efeitos do determinismo, para que eu pudesse reescrever minha história como protagonista.

Ao meu companheiro de vida, amigo e entusiasta Edvam Leal Zumba por acreditar nesses projetos e nas nossas empreitadas acadêmicas, quando nem eu mesmo acredito, meus agradecimentos e meu amor. Já somos parte um do outro que o conhecimento uniu para sempre.

RESUMO

Além dos aspectos históricos e facetas apresentadas ao longo do texto, para esclarecer a respeito do poder e a sua gênese, é de extrema necessidade ressaltar seu papel de meio com o objetivo de facilitar a sua visualização como forma de controle frente a política de encarceramento, retirando da responsabilização penal a primazia da igualdade material, por ter se estabelecido como forma ratificada e legitimada de poder pelo Estado, que é o poder político. Muito embora hajam prelúdios de mudanças, nesse contexto, é urgente que se apliquem os mecanismos aptos a diminuir o grau de encarceramento pela aplicação de penalidades alternativas e respostas penais decorrentes da Justiça Restaurativa, evitando que os Tribunais Superiores insistam em negar os novos fundamentos mundiais para a responsabilidade penal que admite diversos aspectos, que não se resumem a imputabilidade, entre eles a dignidade do detento. Uma vez que os direitos fundamentais são concretizações do princípio constitucional da dignidade humana, devendo ser garantidos a todo e qualquer ser humano, independentemente de características ou situações particulares nas quais se encontra.

Palavras-chave: POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO. PODER. RESPONSABILIDADE PENAL. SISTEMA CARCERÁRIO. TEORIA FINALISTA. FORMA DE CONTROLE. IGUALDADE MATERIAL.

ABSTRACT

In addition to the historical aspects and facets presented throughout the text, in order to clarify about power and its genesis, it is extremely necessary to emphasize its role as a medium with the objective of facilitating its visualization as a form of control over the policy of incarceration, removing from criminal accountability the primacy of material equality, for having established itself as a ratified and legitimized form of power by the State, which is political power. While there is a prelude to change, in this context it is urgent to apply the mechanisms to reduce the level of imprisonment by applying alternative penalties and criminal responses resulting from Restorative Justice, preventing the High Courts from insisting on denying the new world grounds for criminal responsibility that admits several aspects, which are not limited to imputability, among them the dignity of the prisoners. Since fundamental rights are embodiments of the constitutional principle of human dignity, they must be guaranteed to every human being, regardless of the particular characteristics or situations in which they are found.

Keywords:JAIL POLICY. POWER. PENAL RESPONSIBILITY. PRISON SYSTEM. FINALIST THEORY. FORM OF CONTROL. MATERIAL EQUALITY.

“Em relação ao ordenamento jurídico, limitam-se, como puros juízos de valor, a expressar determinada postura axiológica sobre o acontecer”, nas palavras do mestre Luiz Gracia Martin (Fundamentos de Dogmática Penal: uma introducción a la concepción finalista de La responsabilidad- Ed. Atelier - 2006 (p.97)).

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação de Direta de Constitucionalidade.

AResp – Agravo em Recurso Especial.

CF – Constituição Federal.

CPP – Código de Processo Penal.

DJe – Diário de Justiça Eletrônico.

EDcl – Embargo de Declaração.

HC – Habeas Corpus.

MC – Medida Cautelar.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

ONU – Organização da Nações Unidas.

Resp – Recurso Especial.

RHC – Recurso em Habeas Corpus.

STF– Supremo Tribunal Federal.

STJ – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1.O PODER E SUAS ORIGENS.....	7
1.1.Aspecto filosófico.....	7
1.2.Aspecto sociológico.....	8
1.3.Aspecto jurídico.....	11
2.OS PRIMEIROS POVOS E SUAS FORMAS DE PODER.....	13
2.1.O ponto de partida da investigação.....	13
2.2.A noção de poder e a homogeneidade das primeiras comunidades	15
3.O MEDO LEGITIMA O PODER, “FORÇANDO” A ORGANIZAÇÃO PRIMITIVA	15
3.1. O medo como elemento motivacional da organização primitiva	15
3.2. Medo, domínio, vontade de poder e repressão: a contribuição de Nietzsche e a ponte para os tempos atuais.....	17
4. A RELAÇÃO DE PODER E A ALEGORIA DA CAVERNA NO CONTEXTO DA MODERNIDADE.....	20
5. POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS CONFORME O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.....	23
5.1. Perspectiva tradicional: Encarcerar para controlar conforme o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros	24
5.2.Prelúdio da mudança <i>versus</i> retrocesso: responsabilização penal proporcional, forma de execução da pena conforme o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros.....	26

6. TEORIA DAS IGUALDADES: IGUALDADE MATERIAL E OS PREJUÍZOS DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PENAL	30
7. RESPONSABILIDADE PENAL E O PROBLEMA DA IGUALDADE MATERIAL “ÀS AVESSAS”	32
7.1. Dogmática Penal: Teoria Finalista	34
7.2. Aspectos Jurisprudenciais da Igualdade material em seu aspecto penal	35
8. MECANISMOS PARA O ESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO EFICAZ: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS CONFORME O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS	37
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A origem da hipótese questionada nesse trabalho é proveniente de um conceito de difícil tipificação, em virtude das diversas circunstâncias, nas quais se encaixa entre elas a sociológica, a filosófica e a jurídica: o poder, que deixa claro o seu papel de fenômeno social bilateral. Dessa maneira, ele indica a correlação de vontades onde uma predomina sobre as outras por fatores variantes, à medida que as sociedades se tornam complexas, e é isso que torna o poder importante para o entendimento de qualquer estudo da organização e do funcionamento da sociedade como um todo. Fatos que fazem permanecer a idéia de que a coexistência nas relações sociais entre os homens independem dos níveis de complexidade e desenvolvimento dos seus meios sociais.

Dessa forma, seja qual for a época ou o grupo humano ao qual se disponha a estudar, conhecê-lo e/ou analisá-lo, sempre será indispensável. Motivos que exigem a esse trabalho trazer os aspectos desse fenômeno para compreender porque o sistema carcerário é uma forma de controle, apresentando a responsabilidade penal na outra ponta e os prejuízos causados pela sua ausência no sistema carcerário brasileiro para a igualdade material no ordenamento jurídico analisado.

Diante do exposto seria o poder legítimo o poder consentido¹, eis a questão? Qual o reflexo disso para os fundamentos da dogmática penal na concepção finalista da responsabilidade penal dentro do ordenamento brasileiro, assim, o objetivo é verificar se a legitimidade constitui um pressuposto visto como necessário e suficiente para aplicação do poder sobre todos e para todos ou se ocorre um fatiamento, polarizador de diferenças sociais, travestido de Igualdade Material.

E, para isso, é preciso investigar a tênue relação do Direito com o Estado para constituir o *status quo* que norteia essa pesquisa a qual resulta justamente do questionar algo que se tornou dogma entre os estadistas o “poder do Estado”. Assim, seria o dualismo de Direito e Estado uma superstição animista²?

¹BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26-31.

²KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 275. (n. 5).

E, nesse contexto, nem mesmo cabe ao direito essa condição porque dele depende os dois lados de uma mesma moeda, que constantemente se chocam na busca por soluções as quais não podem ficar no campo das ideias, assim, é mais do que comum observar o impasse do embates travados nos tribunais entre poderosos e dominados, vítimas e réus dependentes da mesma ciência: o direito. Dessa forma, a metodologia utilizada será a dedutiva e a técnica utilizada nessa linha de pesquisa será a qualitativa do tipo bibliográfica, assim, esta consistirá no levantamento de um determinado tema, processado com base nas jurisprudências do tribunais superiores nacionais, identificando as causas e as mudanças de perspectivas juntamente com os possíveis entraves que vêm se estabelecendo.

1.O Poder e suas origens

1.1.Aspecto filosófico

Michel Foucault - importante filósofo francês – ao desenvolver seu método de investigação histórica e filosófica que ele decidiu denominar de genealogia percebeu que a verdade não se encontra separada do poder, antes é o poder que gera o saber, derrocando dogmas filosóficos modernos que respingariam mais tarde no que se conhece atualmente como responsabilidade penal. Assim, ao contrário do que a modernidade pensa, quando defende o saber como pré-requisito para o poder, por se basear, ainda, nos ideais da ilustração provenientes do século XVIII os quais primavam pelo conhecimento e abandono das minoridades, ou seja, pensar por conta própria, através da sua razão, que, na época, era a melhor representação para o que Foucault convencionou como saber.

Dessa maneira, as inferências Foucaultianas constituíam o fato que pode ser facilmente comprovado, através da observação das grandes economias atuais detentoras de tecnologias conquistadas, mediante o julgo das suas “antigas” colônias as quais em sua maioria ainda ostentam números significativos de deficiência no campo do saber que são refletidos em suas economias escassas e mal administradas frutos de um adestramento de gerações as quais passaram a negar o saber como mola propulsora do crescimento se abstendo do direito inerente ao ser humano de o adquirir.

Todavia, é bem verdade, que há quem discorde de maneira nada sutil dos pressupostos de Foucault, todavia todos os filósofos pós-modernos concordam que com o poder nas mãos é quase inevitável não haver controle do conhecimento, o qual pode ser de pouca ou grande expressividade, reduzindo ou não o direito de cidadania dos grupos subjugados, a exemplo, dos governos totalitários do século XX os quais encontraram no saber uma forma de adestrar populações inteiras, gerando a felicidade de rebanho denunciada por Nietzsche e anunciada por Foucault ao afirmar que

A burguesia compreende perfeitamente que uma nova legislação ou uma nova constituição não serão suficientes para garantir sua hegemonia; ela compreende que

deve inventar uma nova tecnologia que assegurará a irrigação dos efeitos do poder por todo o corpo social, até mesmo em suas menores partículas.³

Á medida que esse aspecto é apresentado com o fim de estabelecer a problemática da pesquisa não se pretende, com ele, comprovar um fim maniqueísta e manipulável, mas comprovar que a origem da forma de controle aplicada a política de encarceramento brasileira tem um fim determinado à redução da Teoria das Igualdades que servem aos grupos detentores de poder, ou seja, serve para manter a segurança da sociedade o que não retira sua validade por esse aspecto, mas sim, pelo seu aspecto reducionista e despreocupado com a Igualdade Material, conforme posicionamento majoritário das Cortes brasileiras.

Assim, inicialmente, através do seu processo arqueológico de análise das culturas Foucault identifica determinadas maneiras de pensar, certas regras que constituem um “sistema de pensamento” em um determinado período. Posteriormente, propõe a tática genealógica, que complementa a arqueologia do poder ratificando o seu aspecto filosófico. Tratava-se então de explicar as mudanças ocorridas naqueles sistemas de discurso, para saber como a verdade tem sido produzida no âmbito das relações de poder. E, mais que isso, para ativar os saberes libertos da sujeição os quais estão mais dispostos a lutar contra outras mentes, embora ocorram as exceções, que não estão a serviço das liberdades e, nesse exemplo, se encaixa o discurso de Hitler indivíduo que ao libertar-se da sujeição, sujeitou multidões ao seu discurso dotado de poder de decisão e controle sobre as massas. E, nesse ponto, fica claro que não há um lado a seguir, mas o objetivo é aqui é nesse primeiro momento sob a égide desse aspecto identificar que o poder enquanto forma de controle em seu aspecto filosófico apresenta, segundo Foucault a sujeição e muito embora esse não seja o centro da problemática que motivou essa pesquisa demonstra o que motiva a sociedade a adotar a visão de um sistema prisional irreparável que deve ser expandido para conter a todos os transgressores para sempre como em uma história infantil dotada de início, meio e fim o que não atende a responsabilidade da justiça.

1.2.Aspecto sociológico

Essa aspecto deve ser observado como uma demonstração da interdisciplinariedade porque o ponto de partida é o pensamento de Durkheim, mas o fim é demonstrar a

³FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 218.

necessidade de estabelecer o controle social sobre as decisões judiciais⁴, pois entre os diversos caracteres sociológicos do poder, está o aplicado por Durkheim – o criador da sociologia da educação – que defendeu o papel da autoridade do professor na ação educativa como uma ferramenta de poder com caráter legítimo, uma vez que funciona, como uma forma normativa voltada para a construção de um papel social determinado pelo Estado. E esse entendimento seria expandido e aplicado pelo Estado na Modernidade sob a égide de encarcerar para ressocializar quando se viu transferido para o sistema penitenciário brasileiro. Seria o prelúdio da pseudo ressocialização contemporânea fabricada, em virtude, da má compreensão ou falta de compromisso do Estado em verificar com propriedade os aspectos do poder para que pudesse por em prática um sistema como o previsto por Pierre Bourdieu o qual fez observações a respeito do poder que respaldaram o estudo para convencionar o que ele chamou, posteriormente, de poder simbólico caracterizado por produzir e confirmar significados.

Uma vez que o sociólogo francês, que tão bem investigou a desigualdade detectou mecanismos de conservação e reprodução utilizados para respaldar o poder simbólico – e é nesses dois mecanismos que repousam as mais comuns e eficazes formas de dominação – em todas as áreas da atividade humana inclusive no sistema educacional, que deveria ser o mais protegido dos campos de formação social, e, por consequência, limitando e reduzindo a qualidade do processo de aprendizagem, o desqualificando. Já que ele não deveria ser dirigido pelo instinto ou ser objeto de cuidado e ensinamento mediante conhecimentos adquiridos; deveria pelo contrário extrair tudo de si mesmo⁵, em um processo de construção do saber para cumprir de certa forma o papel social que objetiva o desenvolvimento do poder crítico que é um dos principais pressupostos positivos do fenômeno do poder defendidos por Bourdieu para a instalação de uma democracia efetiva.

Nesse Contexto, ao empreender uma investigação sociológica do conhecimento Bourdieu detectou um jogo de dominação e reprodução de valores que ratifica as estruturas sociais e agentes individuais, avaliando que ambos se alimentam continuamente em uma engrenagem de caráter conservador para exercer o poder. Entre os exemplos que podiam ser citados, está a maneira como cada indivíduo lida com a linguagem e todos os fatores que a

⁴RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 135.

⁵KANT, Immanuel. ‘O que é o Iluminismo?’ In **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 24.

envolve, desde a correção gramatical até os sotaques regionais, fatores que estão fortemente relacionadas à posição social de quem fala e cuja função social objetiva ratificar a ordem estabelecida. Para Bourdieu, todas as ferramentas de poder são essencialmente arbitrárias - ponto em que o sociólogo discorda ferozmente de Durkheim - mas isso não costuma ser percebido porque normalmente os dominados as entendem como justas, dignas e legítimas; Já no campo da arte, por exemplo, a luta simbólica decide o que é erudito ou popular, de bom ou de mau gosto.

Em virtude dos instrumentos teóricos que criou, Bourdieu afastou de suas análises a ênfase central nos fatores econômicos – que caracterizam o marxismo - e introduziu, para se referir ao controle de um estrato social sobre outro, o conceito de violência simbólica, que legitima a dominação, a qual põe em prática por meio de estilos de vida o poder de convencimento da minoridade sobre seus dominados. E, diante desse fenômeno, é possível dizer que ele deu início ao que, mais tarde, seria denominado de Direito Penal do Inimigo e é através desse mecanismo que fica claro porque é tão difícil alterar certos padrões sociais: o poder exercido em campos como a linguagem é mais eficiente e sutil do que o uso da força propriamente dita.

Já o poder, segundo Weber, perpassa todos os níveis da sociedade, não se limitando ao seu sentido estritamente político nem econômico. E isso de certa forma o torna mais próximo dos conceitos de Bourdieu porque ambos não se limitam a defender o poder com instrumento único do Estado, à medida que reconhecem os seus diversos campos, de ação baseados em fatores variantes.

Baseado em seus pressupostos e observações Weber conceitua o poder como a possibilidade de um homem ou de um grupo de homens realizar sua própria vontade numa ação comunal, mesmo contra a resistência de outros que participem da ação⁶. Posteriormente, ele justifica sua definição tão abrangente ao observar que o poder ‘condicionado economicamente’ não é, evidentemente, ‘poder como tal’⁷ porque esse não é o único fator que delimita o desejo pelo poder. Assim, o que se deve notar é que não é apenas o desejo de melhores condições financeiras o fator legitimador dessa busca marcante do ser humano, desde a sua gênese até os dias atuais, porque há também a questão do status, papel

⁶WEBER, Max. ‘Classe, status, partido’. Apud: VELHO, Otávio Guilherme C. A.; PALMEIRA, Moacir G. S.; BERTELLI, Antonio R. (Org.). **Estrutura de classes e estratificação social**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 61.

⁷WEBER, Max. ‘Classe, status, partido’. Apud: VELHO, Otávio Guilherme C. A.; PALMEIRA, Moacir G. S.; BERTELLI, Antonio R. (Org.). **Estrutura de classes e estratificação social**. p. 60 (n. 11).

social e tantos outros fatores que compõe a engrenagem a qual alimenta um dos desejos mais antigos do ser humano, o verdadeiro velocímio de ouro da humanidade: Eis, o poder. Assim, a sociedade para Weber constitui, primordialmente, um sistema de poder, pois não apenas nas relações entre classes, ou entre governantes e governados, mas igualmente nas relações cotidianas na família, na empresa. Por exemplo, os indivíduos se deparam a todo o momento com o fato de que indivíduos ou conjunto de indivíduos têm maior ou menor possibilidade de impor a sua vontade a outros.

Isto não significa que o conceito weberiano de poder nega os fatos óbvios diários que ocorrem quando alguns grupos sociais detêm muito mais poder do que outros e que, na sociedade de classes, na medida em que o poder também deriva da riqueza, a concentração da riqueza tenha como consequência a concentração de mais poder.

Admitir o poder como um bem que perpassa as relações em todos os níveis não significa ter de fechar os olhos ao fato inegável de que, em qualquer sociedade, alguns indivíduos detêm a possibilidade de impor a própria vontade a grandes contingentes da população, seja em razão da riqueza, do nascimento ou de qualquer outro fator.

Diante das análises expostas, mediante a apresentação dos mecanismos dispostos e delimitados por Bourdieu e Weber, que muito se aproximam quando defendem um poder em diversas esferas inclusive as familiares terminam por de certo modo coadunar com o aspecto filosófico porque torna evidente mais uma das diversas facetas que o poder apresenta sendo a depender de suas ferramentas mais ou menos eficiente, pouco ou muito destrutivo, controlando as sociedades ao determinar o que deve ser repudiado ou aceito, em outras palavras condenado ou absolvido, estabelecendo inclusive quais os métodos

1.3. Aspecto jurídico

Esse aspecto revela a tênue relação do direito com o Estado,

quando se fala em poder do Estado, em geral se pensa em prisões e cadeiras elétricas, metralhadoras e canhões. Não se deve esquecer, entretanto, que tudo isso são coisas mortas, que se tornam instrumentos de poder apenas quando usados por seres humanos, e que os seres humanos são movidos a usá-los com dado propósito apenas por meio de comando que eles consideram normas⁸,

⁸KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 274 (n. 5).

assim, o Estado não existe como entidade distinta e separada do direito seja como superior ou inferior, pois essa dualidade não existe e faz parte apenas do imaginário da humanidade que mantém parte de seus costumes desenvolvidos ainda na condição de sociedades primitivas. Portanto, o dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista⁹ que atravessou os séculos de desenvolvimento científico, perpetuando um pensamento errôneo. Dessa forma, é importante entender que o poder estatal é a eficácia do direito, e não há dualismo entre eles, já que o que existe de fato é a ordem jurídica, segundo Hans Kelsen, quando discorre a respeito do Estado como poder. Com isso, porém ele não nega a existência do dualismo legítimo que está na validade e eficácia da ordem jurídica.

Assim, a maneira correta de avaliação diria que ocorre a legitimação do poder na sociedade politicamente organizada por meio da ordem jurídica, fator justificado porque, embora o poder não chegue a ser puramente jurídico, ele age concomitante com o direito, buscando uma coincidência entre os objetivos de ambos¹⁰. Assim, deixar o Estado se manter liberal representa, de certo modo, o atropelamento da Teoria das Liberdades, uma vez que a natureza do poder e a violência simbólica denunciadas por Bourdieu se multiplicam sem a presença e aplicabilidade dos aspectos filosóficos do poder para denunciar a tirania da perspectiva tradicional do encarceramento como forma de controle e não de responsabilização penal. Apesar de esse não ser o único papel do direito, pelo menos teoricamente. Todavia, na prática, o direito tem se comportado, como instrumento de poder do Estatal, uma vez que

o poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O “poder” do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder¹¹,

deixando de “lado” seus outros deveres quando o observamos em linhas gerais. Apesar da prática diferir e muito das teorias, ao direito cabe os dois papéis o de realizar a manutenção do poder e o de defesa dos dominados, no entanto a condição da ciência jurídica se encaixa, muito mais como um tipo ideal das teorias weberianas por propor situações hipotéticas.

E, nesse contexto, nem mesmo cabe ao direito essa condição porque dele depende os dois lados de uma mesma moeda, que constantemente se chocam na busca por soluções as quais não podem ficar no campo das ideias, assim, é mais do que comum observar o impasse

⁹KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**.p. 275 (n. 5).

¹⁰DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 54. (n. 1).

¹¹KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**.p. 364 (n. 5).

do embates travados nos tribunais entre poderosos e dominados dependentes da mesma ciência: o direito.

Assim, a crítica realizada ao aspecto jurídico repousa no fato de que a ciência jurídica mais parece ter firmado um contrato de exclusividade o qual prevê certo descaso na defesa da situação dos dominados, especificamente, os presidiários e egressos do sistema prisional o que tem transformado o seu papel biunívoco de atuação em um mero instrumento utópico que não representa a prática, negando a esse grupo de dominados a igualdade material.

Muito embora esse posicionamento apresente uma justificativa histórica que receberá um lapso temporal amplo, uma vez que é necessário entender de onde provêm as conclusões e entendimentos aplicáveis pelos Tribunais Superiores;

2.Os primeiros povos e suas formas de poder

Antes de qualquer análise mais aprofundada é preciso entender que o objetivo deste capítulo não se fundamenta em saber que perguntas eles fizeram e que tipo de repostas buscavam. Dessa forma, a maior importância está em saber como, e não o que eles pensavam exatamente, uma vez que foi através de como se questionavam que os esse povos deram os primeiros passos para o reconhecimento de todas as ciências naturais surgidas posteriormente, tendo em vista o caráter inerente às comunidades, que tinha nas formas de controle, depositadas a sua manutenção e a sobrevivência dos costumes e, portanto, constituem o ponto inicial da discussão de encarceramento, observando, nesse momento, o aspecto da sociedade sobre o viés das Instituições com o fim de esclarecer em que momento a responsabilidade penal se degenerou ou ainda ratificar que ela nunca chegou a estabelecer-se plenamente.

2.1.O ponto de partida da investigação

Na ideia do homem primitivo de que a natureza é animada, de que por trás de todas as coisas existe uma alma, um espírito, uma divindade dessa coisa: por trás de uma árvore, uma dríade; por trás de um rio, uma ninfa; por trás da lua, uma divindade lunar; por trás do sol, um deus sol ¹²

demonstram que as primeiras manifestações jurídicas surgiram nas primeiras comunidades. E, ordinariamente, costuma-se considerá-las como revestidas de caráter religioso, uma vez que as instituições religiosas eram dotadas de maior autoridade, nos grupos sociais. Simplesmente

¹²KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**.p. 275. (n. 5).

por que ela exercia o poder sobre o homem, que dela dependia para superar os inconvenientes do estado de natureza¹³, apesar de isso, ser de todo impossível.

Dessa forma, já caminhando para a modernidade é inevitável concluir que semelhante contrato, que decidiria excluir para sempre toda a ulterior ilustração do gênero humano, o relegando a condição de expectador, se torna absolutamente nulo e sem validade mesmo que fosse confirmado pela autoridade suprema, por parlamentos e pelos mais solenes tratados de paz¹⁴. Uma vez que, essa afirmação se encontra ratificada no Contrato Social de Rousseau o qual enfatiza de maneira clara que um contrato só é válido se as partes o “assinam”, legitimando o poder sobre si, o que não corresponde obviamente à condição dos tutorados forçosamente pela igreja, em alguns momentos da história.

Com essa breve análise a respeito dos primeiros povos se mostra de maneira clara e expressiva como se estabeleceu entre os homens modernos as primeiras relações com as normas que repousavam nas crenças, mas nem por isso os contratualistas tinham força e mecanismos para apagar. Então, a eles, coube legitimar, todavia protegendo as relações, de seu momento histórico, com a razão. Assim, é possível verificar o esforço para manter a normalização, o estabelecimento do encarceramento, apesar de frouxo e residual, com fins punitivos, tornando-se o novo padrão de incidência de sanção normalizadora, que pretende exclusivamente corrigir e internalizar os indivíduos num aparelho de vigilância¹⁵.

Muito embora, nos séculos posteriores, a ocorrência do poder legítimo da igreja entre os primeiros povos resulte dos códigos os quais são muito mais um conjunto de suas crenças catalogadas na forma de “obrigações sociais”, além de os líderes religiosos exercerem a função de juízes, gerando confusão de difícil dissolução entre direito e religião. Simplesmente porque essa – a visão religiosa – era a única forma de reconhecimento e explicação dos fenômenos desconhecidos, inicialmente citados, que precisavam ser regulamentados para o bom convívio de grupos cada vez maiores que reconheciam de maneira unânime o chefe religioso como detentor das regras a serem seguidas em alguns casos temendo até mesmo possíveis sanções para os rebeldes.

À medida que o tempo foi transcorrendo, na sociedade começou a surgir, através das relações comerciais, entre credor e devedora expansão da sociabilidade com relações mais

¹³STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

¹⁴KANT, Immanuel. ‘O que é o Iluminismo?’ In **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. p.15. (n. 10).

¹⁵FONSECA, Márcio Alves da. ‘Michel Foucault e o direito’. Apud: CHAVES, João Freitas de Castro. **O problema do direito em Michel Foucault: entre imagens jurídicas e a proposta de um direito novo**. 22ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 54.

complexas com certo caráter de proporcionalidade, estabelecendo desde cedo que o mercado tem poder quando um agente ou grupo deles influenciam de maneira indevida o mercado¹⁶., fundindo, nesse momento, relações que vão além das obrigações com os antepassados, fundamentando as bases da organização da sociedade medieval, embrião da sociedade moderna, a qual deu os primeiros passos para o estabelecimento da pretensão punitiva que, apesar de ser executada nos juízos de Deus, buscava nessa atitude a responsabilização que ainda não detinha o viés penal ou civil, mas sim, penal e civil.

2.2.A noção de poder e a homogeneidade das primeiras comunidades

O caráter homogêneo das primeiras sociedades, em virtude, da presença de uma sociedade organicista –onde os males e bens são coletivos e coisas, pessoas e animais não se diferenciam –determina como certo conjunto de costumes para serem mantidos degeneram em medo condicionando o poder como o catalisador da união estável com a sociedade, já que naquele momento histórico ainda, não havia Estado estabelecido, no âmbito desses povos o que determinou a necessidade da criação de suplícios e castigos públicos que resguardassem o poder estatal sobre o argumento de penalização dos anormais, ou seja, dos que fossem de encontro ao caráter normativo, em vigor. Assim, nasce a responsabilidade em seus aspecto jurídico normativo, ainda que consuetudinário.

Ainda, nesse contexto, observa-se o embrião da ordem jurídica comum na contemporaneidade, reafirmando a ausência da dualidade que inicialmente foi praticada pelos primeiros povos. Com a Idade Média, no entanto a dualidade foi restringida e negada, porque se antes sociedade e poder eram indissolúveis, na modernidade, o advento do Estado deu continuidade as bases com o diferencial pautado no aumento da complexidade relativa, já que surgem uma série de fatores sociais presentes e necessários à sociedade moderna.

3.O medo legitima o poder, “forçando” a organização primitiva

3.1. O medo como elemento motivacional da organização primitiva

¹⁶MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo:Thompson Learning,2007, p. 11.

O medo – sentimento de viva inquietação ante a noção de perigo¹⁷ – além de ser a sensação mais primitiva que o homem já conheceu foi alimentado, no início da humanidade, pelo respeito e devoção a todas as coisas de maneira igualitária, que os primeiros povos se condicionaram a realizar. Essas características originaram a relação de poder tão discutida, ao longo desse texto, todavia, é bem verdade que seu caráter inicial é dotado de rezas e oferendas demonstradas através de atitudes de submissão que mais tarde legitimariam o poder o qual apesar de seu caráter infantil, fazendo uma breve referência à lei dos três estados de Comte, forçou a organização dos primeiros povos em sociedades com certo grau de complexidade, conforme já foi apresentado de maneira objetiva para que seja possível introduzir o cenário que fomentou a política de encarceramento brasileira.

Nesse contexto, fica claro que todo o processo de desenvolvimento civilizatório o qual é legitimado pelo poder se fundamenta no medo da sanção que é o resultado encontrado após a aplicação da lei dos três estados de Augusto Comte – filósofo positivista – que compara o desenvolvimento civilizatório aos estágios do desenvolvimento humano. Assim, para ele, a infância é o estado teleológico que revela o momento de investigação da natureza em que as explicações são religiosas e geradas por contratos com os deuses os quais dão início as formas mais primitivas de sacrifício, castigo e dádivas, dessa maneira, essas formas de existência vão caminhando para construir a sociedade que se baseava no estado de iminente perigo indeterminado e ameaçador provocado pelo medo o qual coloca os deuses ou deus na condição de soberanos; a juventude é o estado metafísico em que todos os fenômenos observados consistem em uma entidade correspondente – responsável por eles e capaz de solucioná-los – ou seja, agora o homem não é tão dependente ele pode desenvolver soluções para alguns desses fenômenos. Assim é que se encontram exemplos de homens que tiveram poder porque eram reconhecidos como os mais aptos, fisicamente, para defender o grupo¹⁸; a maturidade é o estado científico em que o raciocínio e observação passam a ser leis para a explicação dos fatos.

Comte demonstrou, ainda que o medo também está embutido na religião, fato reafirmado por David Hume. Além de também se encontrar na ciência. Esclarecendo que o medo não ficou restrito a infância e a maturidade, conforme suas teorias, por que ele permanece na forma de temor, do desamparo e necessidade de exercer controle e dominação

¹⁷FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 453.

¹⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 51. (n. 1).

sobre as hostilidades da natureza. Com isso, ele confirma que a inserção da responsabilidade penal, ainda que não normatizada, em virtude, do seu caráter, ainda consuetudinário, presente nas primeiras sociedades até a modernidade, na verdade, personificou formas de controle penal resultantes do medo de sofrer as consequências da anormalização, mas também ao seu objetivo de causar medo aos agressores. Estabelecendo, assim, um estado de agregação pelo terror. Nesse momento, a responsabilidade penal começa a se degenerar em mera forma de controle negando as igualdades.

Assim, o homem com medo, em situação de abandono e desassossego perante forças maiores que as dele como as da natureza, dos outros homens e animais, acaba criando um esquema de explicação do mundo como uma necessidade prática de fuga do próprio medo e da dor, aceitando o poder de quem se predispõe a “protegê-lo”.

Na mesma linha de Comte, Freud também escreveu a respeito dos credos que permeavam o pensamento do homem primitivo, iniciando uma explicação a respeito da temática do animismo se baseando nos pressupostos da psicologia. Realizando, dessa maneira, um interessante papel o qual repousa em dar continuidade sobre a questão do medo e a sua significativa condição de expoente da civilização. Para ele, o homem a partir de uma necessidade prática de controlar o mundo que o rodeava, e não por uma mera curiosidade foi forçado pelo medo – elemento fundamental psicológico – que determina a origem de uma legalidade do desenvolvimento espiritual humano, iniciando, assim, os primeiros passos verdadeiros da brutalidade para a cultura, que consiste propriamente no valor social do homem¹⁹. Essas considerações, Sigmund Freud realizou com base na sua teoria de repressão dos instintos para medir o nível de civilização que foi alcançado, encaixando seus estudos no que mais tarde seria o estabelecimento de prisões e instituições de contenção do anormais que são os principais instrumentos das Instituições na organização da sociedade até os dias atuais.

3.2. Medo, domínio, vontade de poder e repressão: a contribuição de Nietzsche e a ponte para os tempos atuais

Para esclarecer a respeito do poder e a sua gênese com o objetivo de facilitar o entendimento da forma ratificada e legitimada de poder pelo Estado, que é o poder político, muitas outras expressões de poder se manifestam em todos os níveis das relações sociais. Onde quer que exista desigualdade de status, tende a haver alguma forma de manifestação de

¹⁹KANT, Immanuel. ‘O que é o Iluminismo?’ In **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. p. 26. (n. 10).

poder que degenera, em suma, no domínio e repressão, assim, Friedrich Nietzsche – importante filósofo para o século XX – se deixa guiar pelo fio condutor da teoria das forças com a distinção psicológica fator que facilita a compreensão e a análise mais aprofundada de uma evolução gradativa do poder durante o processo civilizatório.

Dessa forma, Nietzsche é muito conhecido pela sua reivindicação a todos os valores, sobretudo da moral que ele chama de “moral escrava” por se caracterizar pela defesa de que o curso dos fortes não fosse mais obstruído pelos fracos os quais são tão dependentes do poder exercido por uma minoria, negando claramente a Teoria das Igualdades e legitimando as formas de controle. Tendo em vista isso ele sempre alertou que as pessoas não acreditassem naqueles que promettessem esperanças além deste mundo, ou seja, que lhes jurasse proteção. Tratava-se de um homem que não acreditava em protetorados e rejeitava os que se submetiam, o pensamento nietzschiniano vai além do que se vivenciou até o século XVIII, estabelecendo não só a rejeição as amarras da dominação, mas também denunciando seus efeitos os quais infelizmente não apresentaram ecos suficientes para evitar a subjugação e violências legitimadas por quem deteve o poder nos últimos séculos. Isso tudo porque ele enxergava a trajetória do poder estabelecido, no século XX, e seus resultados, conferindo crescimento proporcional do medo que desencadeou certo domínio dos mais fortes que desejaram o poder e reprimiram, por consequência, os que se negaram a aceitá-lo.

Assim, do homem da Antiguidade ao pós-moderno, o domínio da natureza do mundo e de si tem como arma mais forte a repressão, ou seja, a inibição das forças originais retirou do homem o seu desejo natural de defesa porque a repressão, na verdade, pacífica, pelo menos em tese, gerada pelo medo e ratificada pelos contratos sociais, mesmo com o motivo mais fantasioso possível, buscou não ensinar formas de defender-se, mas de reprimir ao que ousar, delegando ao grupo determinar o que realmente seria a pretensão punitiva e os seus limites sobre a égide da organização social.

Nesse contexto, segundo Nietzsche, o medo é o pai da moral e nisso ele concorda com Hobbes: a sociedade é resultado do medo, que tem sido legitimado pela moral do rebanho. À medida que ela garante a dominação de um grupo sobre o outro, pois essa condição observada por ele representa a adequação das pessoas a comportamentos padronizados. Por consequência, a ideia de uma sociedade de rebanho, no pensamento nietzschiano, é a explicação sistemática de um problema fundamental: o instinto de conservação. Característica do ser humano que está presente antes de tudo biologicamente, porém não deve ser um fator justificador para a submissão a todas as formas de poder, além do mais as arbitrárias e

totalitárias. Já que um dos princípios biológicos que o ativa está na manutenção da vida, ou seja, ele se manifesta quando o indivíduo se vê diante da morte, assim, apesar de partir de um pressuposto romântico, pode-se dizer que seria lógico a sua manifestação contra a supressão ao direito de se autogerir, através de questionamentos? Ou ainda para a defesa de suas liberdades individuais? Partindo da experiência histórica para legitimar o quanto as supressões dessas condições humanas podem ameaçar a vida.

Diante do exposto, ao partimos do princípio fenomenológico, para fundamentar essa “utopia” pode-se dizer que a maior arma do medo e sua principal ponte de manutenção e diversificação em tempos complexos tem sido a intencionalidade tão defendida pela corrente fenomenológica. Porque, segundo seus conceitos, nos deparamos com a teoria de que não há separação do dualismo corpo-mente, legitimando assim o sucesso da atuação do medo durante séculos.

Dessa forma, quando Nietzsche desenvolve suas teorias a respeito da gênese do rebanho e coloca o instinto de conservação no centro de sua ideias ele abre um questionamento que a corrente fenomenológica responderia, mais tarde, com uma possível solução que retoma as teorias do próprio Nietzsche. Portanto, o medo pode ser reprimido pelo próprio instinto de conservação o qual respalda a sociedade do rebanho, caso o indivíduo se baseie na vontade de poder, desde que ela não degenera nos governos totalitários, a exemplo, da vontade de poder de Otto Von Bismarck – Chanceler de ferro que de primeiro-ministro passou a baluarte da história alemã – para realizar a unificação alemã no século XIX a qual retirou a Alemanha da condição de sociedade de rebanho e a trouxe para o topo da economia do século XXI. Diante disso, é possível verificar o quanto o aspecto de sociedade de rebanho interfere em diversos aspectos de uma sociedade ditando suas concepções, assim, observa-se um exemplo claro da necessidade de tomada de decisão em prol das liberdades e direitos antes que retornemos aos suplícios descritos por Foucault em Vigiar em Punir, abandonando as liberdades e mantendo um sistema de controle transvestido de Responsabilidade Penal, diante do caráter que pode assumir o poder e suas vontades.

Nesse ponto já é possível compreender quais os elementos que legitimaram o desencadear do que o Brasil conhece como sistema carcerário e, apesar de o Brasil, estar vivenciando fases vividas em outros países até o século XX ficam demonstrados os prejuízos, da preterição, à igualdade material no ordenamento jurídico pátrio.

4. A Relação de Poder e a Alegoria da Caverna no contexto da Modernidade

Neste momento, não há como não fazer menção a célebre alegoria da caverna descrita por Platão em uma de suas obras intitulada *A República* com o objetivo de ilustrar com recursos lúdicos a trajetória do medo nos diversos momentos da “evolução” da espécie humana, pois se trata de uma alegoria da coragem e da responsabilidade que se deve ter para vencer os medos impostos pela repressão proveniente do domínio. O que comprova a razão universal defendida por Hegel, porque ambos não perderam o indivíduo de vista, ou seja, para eles o poder e o domínio não são imóveis, porque o ser humano está em constante transição e por isso não pode estar refém de seus medos. Assim, conciliam fluxo com a imobilidade sem negá-los, observando os contextos. Em resumo, através dessa alegoria, é possível amparar o entendimento das igualdades formal e material, demonstrando os prejuízos causados pela preterição da responsabilidade penal às formas de controle, trazendo para o objeto dessa pesquisa a política de encarceramento brasileira a qual representa o medo de estabelecer uma política de penas alternativas e proporcionalidade das penas.

Assim, na alegoria da caverna,

uma caverna separada do mundo externo por um alto muro. Entre o muro e o chão da caverna há uma fresta por onde passa um fino feixe de luz exterior, deixando a caverna na obscuridade quase completa. Desde o nascimento, geração após geração, seres humanos encontraram ali, de costas para a entrada acorrentados sem poder mover a cabeça nem locomover-se, forçados a olhar apenas a parede do fundo, vivendo sem nunca ter visto o mundo exterior nem a luz do Sol, sem jamais ser efetivamente visto uns aos outros nem a si mesmos, mas apenas sombras dos outros e de si mesmos, porque estão no escuro e imobilizados.²⁰

Apesar de demonstrar o conformismo dos habitantes da caverna o filósofo reconhece o desejo natural da raça humana de curiosidade e demonstra num certo momento do texto como eles buscam respostas as imagens que vêem, quando os prisioneiros julgam que as sombras de coisas e pessoas, os sons de suas falas e as imagens que transportam nos ombros são as próprias coisas externas, e que os artefatos projetados são seres vivos que se movem e falam.²¹

²⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2012, p. 14.

²¹ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. p. 14 (n. 25).

Platão demonstra como o poder tem uma irresistível tendência a esconder-se dos olhos. Deixando turvas as possibilidades e agigantando o que na verdade devem ser usados como instrumentos para a instalação de mecanismos de organização social igualitária, e não cerceadora.

Abaixo do muro, do lado de dentro da caverna, há um fogo que ilumina vagamente o interior sombrio e faz com que as coisas que se passam do lado de fora sejam projetadas como sombras nas paredes do fundo d caverna. Do lado de fora, pessoas passam conversando e carregando nos ombros figuras ou imagens de homens, mulheres e animais cujas sombras também são projetadas na parede da caverna, como num teatro de fantoches.²²

Ao longo da alegoria o discípulo de Sócrates deixa claro que o segredo está no núcleo mais interno do poder²³.

Os prisioneiros se comunicam, dando nome às coisas que julgam ver (sem vê-las realmente, pois estão na obscuridade) e imaginam que o que escutam, e que não sabem que são sons vindos de fora, são as vozes das próprias sombras e não dos homens cujas imagens estão projetadas na parede; também imaginam que os sons produzidos pelos artefatos que esses homens carregam nos ombros são vozes de seres reais²⁴.

Uma explicação filosófica compreensível porque quem exerce o poder sente-se mais seguro de obter os efeitos desejados quanto mais se torna invisível àqueles aos quais pretende dominar²⁵. Por esses motivos ele não revela, em momento algum, quem domina os habitantes da caverna, mas deixa implícito o motivo da dominação privar os fracos dos benefícios do mundo, além da caverna, talvez para gozar de seus benefícios sozinho.

Em suma, o grupo de pessoas que se encontravam acorrentadas dentro da caverna representam a sociedade do rebanho nietzschiana que de certa forma apesar do conformismo não perdeu as características intrínsecas do ser humano que são a curiosidade, autopreservação e o individualismo que Platão demonstrou e, por consequência, ratificou as teorias dos filósofos modernos. Já as sombras bruxuleantes, na parede da caverna, personificam o medo que dentro deles evoluiu reprimindo todo o desejo de ser livre o qual só passa a ter efeito pela vontade de poder que um dos prisioneiros, inconformado com a

²²CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. p. 14 (n. 25).

²³CANETTI, Elias. **Massa e poder**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 33.

²⁴CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. p. 14 (n. 25).

²⁵BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 389.

condição em que se encontra²⁶, demonstra, assim, decide abandoná-la. Fabrica um instrumento com o qual quebra os grilhões. De início move a cabeça, depois o corpo todo; a seguir, avança na direção do muro e o escala. Enfrentando os obstáculos de um caminho íngreme e difícil, sai da caverna.²⁷

Finalmente, quando um dos habitantes se libertou Platão descreve que ele sentiu, um certo, incômodo ao ver a luz pela primeira vez porque reconhece que vencer o medo imposto pelo poder é doloroso, mas enfatiza no decorrer da alegoria que ele prosseguiu. Descrevendo que esse indivíduo ficou encantado com tudo que vira e voltou para resgatar seus companheiros, no entanto eles não acreditaram nele e o mataram, mas também só aquele que já esclarecido, não teme as sombras²⁸ e pode aceitar que há mais coisas além da nossa vã filosofia. Provavelmente, por medo da sanção que sofreriam por parte do poder que os dominava os outros habitantes se limitaram a animais domésticos do poder exercido sobre eles.

Em todo caso, o que Platão deixa bastante delineado em seu texto escrito no que denominamos como Era Clássica, muito embora com a precisão que supera muitos modernos os quais encontram nele respaldo para suas teorias, está no fato de ele colocar sobre o habitante que se libertou a principal característica do ser humano: a curiosidade. Tudo isso sem esquecer a parcela, em geral, de maior número que se rende aos seus desejos individuais por causa do instinto de autopreservação que mutilou multidões em regimes nazistas, facistas, ou ainda, nos *Apartheids* contemporâneos realizados, infelizmente, diariamente.

E, nesse momento, depois de estabelecer o papel do poder como forma de controle sem transformá-lo em um conceito reducionista é de extrema necessidade passar para a segunda parte da pesquisa, depois de garantir a identificação de como surgiu na forma de colcha de retalho o problema denunciado nesse trabalho, a qual não se pode analisar sobre um ponto de vista maniqueísta, mas buscando compreender o que levou a sociedade contemporânea a mantê-lo inclusive sobre a personificação da justiça em um mundo dotado de humanidades e direitos fundamentais inclusive o vestindo com a “responsabilidade penal” respaldada na igualdade material às avessas. E, tudo isso, legitimado pelos três poderes e pela sociedade que se diz organizada e superior por aprimorar os feitos dos seus antepassados.

²⁶CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. p. 14 (n. 25).

²⁷CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. p. 14 (n. 25).

²⁸KANT, Immanuel. ‘O que é o Iluminismo?’ In **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. p.18. (n. 10).

5. Política de encarceramento e seus aspectos processuais conforme o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros

A nova legislação criminal, a partir do século XX, caracterizou-se pela suavização das penas, pelo respeito aos direitos humanos, por uma codificação mais nítida, e uma considerável diminuição do arbítrio, em virtude da instalação de prisões, tendo em vista a organização social. Assim, a pena passa a representar uma represália da própria sociedade àquele que violou o pacto social que conforme foi discutido anteriormente se mostrou contido pelo medo e foi detido para reduzir o medo da sociedade protegida pelo pacto social importante instrumento do aspecto sociológico do poder.

Todavia, somente a partir da modernidade, a norma ganhou forma e se desenvolveu, ganhando espaço nos Tribunais os quais adotando a política das Escolas Penais estabeleceram, no mundo jurídico, a pena privativa de liberdade, nascida com pretensões humanitárias e proveniente de escolas que, paradoxalmente, enfrentavam fortes críticas exatamente por desconsiderar a humanidade daqueles que são submetidos aos seus rigores.

Muito embora, diante dos suplícios que a antecederam, certamente a pena de prisão representa algo bem menos doloroso, mas, ainda está bastante distante de ser uma resposta digna aos atos criminosos, pois a responsabilização da pena deve ser respaldada na responsabilização ampla e proporcional, e não na vingança desmedida que esses estabelecimentos têm promovido em razão da ausência de controle de seus solos, ferindo o pacto social com a sociedade que garantia proteção e não remendos. Segundo García Ramírez, importante penalista mexicano, as penas se propõem a minimizar as perdas causadas pelos atos criminosos das mais variadas formas, mas de uma vez e, por isso, a prisão passou a agregar outras funções, além da punição dos males causados pelo indivíduo.

Atualmente, são apontadas quatro metas: **repressão, punição, reparação e ressocialização**. Muito embora, esse último ponto tenha se mostrado esquecido no que concerne ao aspecto prático pelos legisladores brasileiros, tendo em vista o posicionamento nada proporcional das decisões e a frequente partidarização do encarceramento como forma de suplício, e não de repressão, diante da negativa de concessão de medidas alternativas com justificativas que esbarram no papel da responsabilidade penal frente ao objeto do Direito Penal.

5.1. Perspectiva tradicional: Encarcerar para controlar conforme o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros

Referir-se ao posicionamento dos Tribunais superiores, no que concerne ao encarceramento, exige a menção e análise do Informativo 842 do STF o qual traz o seguinte posicionamento do Pretório Excelso: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP²⁹. E, por consequência, diante desse posicionamento, fica claro, no que concerne, ao STF, não se tratar de uma mera decisão, mas compor ao menos nesse aspecto a visão tradicional do conceito de responsabilização da pena, tendo em vista que alimenta a política de encarceramento e dobra suas populações, estabelecendo muito mais recursos para manter pessoas encarceradas do que propriamente com a ressocialização, assim, longe de fugir do objeto dessa pesquisa é de extrema importância pontuar que a priori a função da execução da pena é alcançar a ressocialização por meio da reparação a qual está longe de ser apenas a onerosa. Todavia, no Brasil ainda se associa o crime ao suplício, ensejando a retaliação quase que na mesma medida do injusto. E, à medida que foram estabelecidas as amostras dessa pesquisa foi possível observar ao longo do Acórdão, em tela, que os Ministros como Dias Toffóli e Rosa Weber ao menos, no que concerne, ao estabelecimento do *quantum* apresentam a preocupação com a proporcionalidade, muitas vezes, negando o clamor social, buscando a reparação e a punição devida, exercendo o papel que lhes é devido, enquanto julgadores os quais devem estar compromissados apenas com o exercício da justiça, porque dos clamores sociais se ocupa o legislativo eleito de maneira direta pelo povo para representar seus anseios.

Retomando a análise da perspectiva tradicional, infelizmente, diante das amostras, ainda não foi possível visualizar na corte brasileira medidas alternativas diversas da prisão domiciliar posicionamento que prejudica as quatro metas da prisão e colocam o Brasil na mira do Conselho da ONU, em virtude, de sua política de encarceramento cada vez menos acompanhada que não deve ser confundida com a execução das penas dotadas de proporcionalidade e responsabilidade penal proporcional e irrestrita.

²⁹STF. Plenário. ADC 43 e 44 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016.

Assim, o evento colhido por meio das amostras jurisprudenciais demonstra que, na *práxis*, a Suprema Corte brasileira está alheia ao colapso que o encarceramento vem causando no país e o fomenta, apesar do desejo da política criminal em reduzir ou até mesmo extirpar para determinados delitos, a pena privativa de liberdade. Com isso, os defensores da responsabilidade penal proporcional, ampla e irrestrita objetivam a responsabilização da pena possível, eliminando o caráter opressivo de controle conferido ao cumprimento das penas, no Brasil, que mais remontam suplícios medievais e não atendem a meta de ressocialização.

O material objeto dessa análise corresponde às decisões colhidas no repertório de jurisprudência do STF, disponibilizadas para consulta no *site* www.stf.jus.br. A consulta foi realizada no dia 03 de outubro de 2018, das 17h10 às 18h00. A busca por acórdãos contemplou as palavras-chave "conversão em pena alternativa e responsabilidade penal", resultando, 1 acórdão e 2 Habeas Corpus. Como o escopo do trabalho corresponde à compreensão das interpretações do STF sobre a natureza da política de encarceramento brasileira nos julgamentos envolvendo matéria penal. A amostra final é composta, assim, por 1 acórdão e 2 Habeas Corpus. As quais demonstram que o posicionamento de concessão de prisão domiciliar tem sido perfeitamente possível às mulheres grávidas, em virtude da Assembléia Geral da ONU que previu Regras Mínimas de dignidade para mulheres presas.

Muito embora, seja necessário pontuar que esse posicionamento internacional o qual norteou a decisão favorável aos dois Habeas Corpus, alterando as negativas de outros juízos às pacientes, não é restrito às mulheres, tendo em vista o largo conhecimento do fenômeno da responsabilidade penal proporcional ampla e irrestrita, enquanto mecanismo eficiente para minar a violência. Assim, as regras que o STF adotou para as grávidas presas foram elaboradas para complementar, quando se mostrasse adequado, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), em conexão, com o tratamento a mulheres presas ou alternativas ao cárcere para mulheres infratoras.

Nesse contexto, torna-se evidente que o STF manteve por anos um posicionamento tradicional, demonstrando que, no Brasil, as penas não são resultados do crime estabelecidas como contraprestação ao ilícito, mas castigos os quais devem supliciar e não, necessariamente, reeducar. Em suma, ainda se acredita que a pena tem que privar a liberdade sempre e até o fim para que o crime seja reparado frente à vítima e o Estado.

E, com esse posicionamento, se nega a aplicar regras inspiradas por princípios contidos em várias convenções e resoluções das Nações Unidas as quais estão, portanto, de acordo

com as provisões do direito internacional, em vigor, pois objetivam evitar o fomento do terror, da violência que se reflete no mundo todo, por se tratar de um mundo global e interligado nos mais diversos aspectos.

E, em virtude dessa interrelação, que as regras foram dirigidas às autoridades penitenciárias e agentes de justiça criminal, incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o ministério público, o judiciário e os funcionários encarregados de fiscalizar a liberdade condicional envolvidos na administração de penas não privativas de liberdade e de medidas em meio comunitário com o único fim de garantir a manutenção da igualdade material que vinha sendo negada pelo STF. Diante do exposto, faz-se necessário a mudança de posicionamento apresentado pela Suprema corte para entendermos o posicionamento do STJ, Tribunal da Cidadania, frente a esse espetáculo de agressão a Teoria das liberdades a ser discutido posteriormente.

5.2. Prelúdio da mudança *versus* retrocesso: responsabilização penal proporcional, forma de execução da pena conforme o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros

Como verificado, anteriormente, o prelúdio da mudança começou a incorrer no cenário internacional e já demonstra seus efeitos no cenário brasileiro, muito embora, seja difícil explicar os motivos pelos quais foram praticamente neutralizados, diante do posicionamento adotado pelo STF na ADC 43 e 44 MC/DF que legitimou a duplicação da população carcerária e optou por apenas garantir a pena domiciliar as mulheres, quando os organismos internacionais trabalham pela igualdade material frente a toda a população carcerária, o Brasil se mostra na contramão da responsabilidade penal, reafirmando o objeto dessa pesquisa que verificou a verdadeira natureza da responsabilidade penal brasileira constituída como uma forma de controle.

Todavia, diante das arbitrariedades observadas é importante atentar, nesse momento, essencialmente, para os mecanismos brasileiros os quais foram criados justamente para frear retrocessos como estes e, no caso, em tela, cabe a aplicabilidade do efeito *cliquet* o qual diante desse contexto jurídico, é entendido com o núcleo essencial focado na proteção dos direitos fundamentais, os quais englobam os direitos previstos na Constituição da República de 1988, tais como os individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, os políticos, os econômicos e os ambientais. Com isto, uma vez adquiridos esses direitos ficam impedidos

quaisquer mecanismos que visem sua reversibilidade, restando inclusive o legislador infraconstitucional.

E, caso o princípio fosse modulado, o que ocorreria seria a abertura de um espaço para o estabelecimento de instabilidades geradas frente aos direitos que antes restaram incorporados ao patrimônio jurídico do cidadão que seriam ofendidos pelo legislador ordinário, assim, não resta dúvidas que tais situações ofendem os princípios da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural.

Conforme observamos o quadro comparativo abaixo:

Posição ANTERIOR do STF	Posição ATUAL do STF
<p>NÃO STF. Plenário. HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009.</p> <p>A CF/88 prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88).</p>	<p>SIM STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.</p> <p>É possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.</p>
<p>O réu, mesmo condenado pelo Tribunal em 2º grau, só pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena após terem sido julgados os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa.</p>	<p>O réu pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena se o acórdão do Tribunal de 2º grau for condenatório, mesmo que, desta decisão, ele tenha interposto recurso especial e extraordinário.</p>
<p>Os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa contra o acórdão condenatório de 2º grau possuíam efeito suspensivo por força do princípio da presunção de inocência.</p>	<p>Os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa contra o acórdão condenatório de 2º grau NÃO possuem efeito suspensivo. A Lei determinou isso e não há inconstitucionalidade nesta previsão.</p>

Diante de uma violação ao próprio princípio Constitucional o qual veda o retrocesso a decisão do STF, autorizando a execução provisória da pena foi muito criticada pelas entidades

ligadas à classe dos advogados. E, frente a isso, a OAB tentou fazer com que o Plenário do STF rediscutisse o tema, na esperança de que algum Ministro mudasse de opinião e alterasse o entendimento manifestado no HC 126292/SP muito embora não tenha estabelecido como forma de impugnação o efeito *cliquet*. Para tentar conseguir isso, a OAB propôs uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC), tendo como objeto o art. 283 do CPP, cuja redação é a seguinte:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

Na ação, a OAB alegou que o STF, quando julgou o HC 126292/SP, não se manifestou sobre este art. 283 do CPP. Assim, o tema poderia ser rediscutido pelo Plenário da Corte, agora analisando-se este dispositivo legal. Para a OAB, o art. 283 do CPP somente permite que a pessoa seja presa nas seguintes hipóteses: prisão em flagrante; prisão temporária; prisão preventiva; prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Segundo defendeu a entidade, a prisão por força de acórdão condenatório de 2º grau não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas pelo art. 283 do CPP. Logo, esta forma de prisão seria ilegal. Em suma, a OAB pediu que o STF reconhecesse que o art. 283 do CPP é constitucional e que ele só permite a prisão do réu após o trânsito em julgado.

Esse posicionamento, todavia não foi reconhecido e, diante disso, ficou expresso o prelúdio entre o retrocesso e a mudança os quais tomam forma a partir da análise dos votos, criando um dualismo, pois quando se avalia os votos dos ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmém Lúcia e Roberto Barroso os quais justificam o retrocesso e a violação do efeito *cliquet*, utilizando-se do conceito de justiça, enquanto punição, quando dizem que a função desse entendimento é garantir minimamente a sua finalidade última de pacificação social como se a ressocialização e a razoabilidade não o fossem. Inclusive o justificando, por meio da interpretação histórica quando alegam que o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação Constitucional já que não está vedada de maneira expressa no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão. Enquanto Dias Toffoli, foi o mais diverso ao apontar a possibilidade de acatar a prisão, quando defende, somente nos casos de Recurso Extraordinário, acompanhando em parte o relator.

Desta feita, é importante que sejam utilizados meios que obstem estas ocorrências, utilizando-se, já que se trata de uma constituição principiológica, o princípio implícito do não retrocesso social, já o posicionamento dos outros ministros, a exemplo, de Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello optou por defender que o art. 283 do CPP, alterado pela Lei 12.453/2011, apenas concretiza, no campo do processo, a garantia constitucional explícita da não culpabilidade, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio STF. Assim, o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do STJ demonstra a necessidade de se esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena, pois, não há como se chegar a uma interpretação diversa. A presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Há um retrocesso na proteção dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais, conforme afirmou Celso de Mello em seu voto. Demonstrando a necessidade de se evitar a manutenção de um sistema carcerário dotado de controle que nega a responsabilização da pena proporcional, ampla e irrestrita por preferir fomentar os suplícios denunciados por Foucault ainda no século XX apresentados com outra roupagem.

Já, nesse ponto, do referido trabalho o material objeto dessa análise corresponde às decisões colhidas no repertório de jurisprudência do STJ, disponibilizadas para consulta no *site* www.stj.jus.br. A consulta foi realizada no dia 03 de outubro de 2018, das 18h20 às 19h15. A busca por acórdãos contemplou as palavras-chave "conversão em pena alternativa e responsabilidade penal", resultando, 197 Decisões Monocráticas. Como o escopo do trabalho corresponde à compreensão das interpretações do STJ sobre a natureza da política de encarceramento brasileira nos julgamentos envolvendo matéria penal, reputou-se adequado excluir as Decisões Monocráticas que discutissem unicamente temas processuais e aqueles relativos à matéria concernente a excesso de prazo, evitando que a análise fosse prejudicada, Aplicando o recorte processual, foram excluídas 7 Decisões Monocráticas³⁰. A amostra final é

³⁰**Processo**AREsp 1351149-**Relator(a)**Ministro JOEL ILAN PACIORNIK-**Data da Publicação**DJe 26/09/2018-**Decisão**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.351.149 - SP (2018/0216687-4); **Processo**HC 456623-**Relator(a)**Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA - **Data da Publicação**DJe 10/09/2018-**Decisão**HABEAS CORPUS Nº 456.623 - MS (2018/0158705-6); **Processo**EDcl no REsp 1710261-**Relator(a)**Ministro JORGE MUSSI-**Data da Publicação** DJe 20/08/2018-**Decisão**EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.710.261 - MG (2017/0298439-9); **Processo**HC 462033-**Relator(a)**Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA-**Data da Publicação**DJe 07/08/2018- **Decisão**HABEAS CORPUS Nº 462.033 - SP (2018/0192463-5); **Processo**HC 440290-**Relator(a)**Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ-**Data da Publicação**DJe 07/08/2018-**Decisão**HABEAS CORPUS Nº 440.290 - RS (2018/0055438-2); **Processo**RHC

composta, assim, por 190 Decisões Monocráticas. As quais demonstram que o posicionamento de concessão de prisão domiciliar tem sido perfeitamente possível inclusive aos presidiários, estabelecendo inclusive em 5% das decisões penas alternativas e prisões domiciliares para homens o que demonstra uma visão mais próxima da Assembléia Geral da ONU.

6. Teoria das Igualdades: Igualdade Material e os prejuízos da ausência de Responsabilidade Penal

Ao se reportar a teoria das Igualdades, para ampliar e fundamentar o que legitima a Responsabilidade Penal, é necessário falar a respeito dos desdobramentos jurídico-normativos mais específicos do princípio da igualdade os quais não deixam de ser, para o Direito, a promoção de distinções com o intuito de se chegar a uma igualdade real, evitando a igualdade material às avessas disposta como forma de manter privilégios, negando a real equidade, direito de todos.

Sendo assim, pode-se afirmar que tanto a igualdade formal quanto a material correspondem à igualdade de direito. Uma vez que o princípio da igualdade determina um tratamento jurídico de equiparação onde não houver justificativa para a diferenciação e determina um tratamento jurídico de distinção onde houver motivo suficiente para diferenciar. Dessa forma, não se trata, portanto, de um princípio formal ou neutro, mas de um conteúdo definido pela história e pela ideologia porque a igualdade material sem responsabilidade penal figura como um instrumento paralisado, tendo em vista que sua atuação tem sido ampliada em diversos outros pontos do ordenamento brasileiro, mas, em virtude da ausência de responsabilidade penal proporcional, ampla e irrestrita, o que se visualiza é a privação da igualdade material dentro do sistema carcerário brasileiro o qual fomenta uma igualdade formal, travestida de igualdade material, constituindo a igualdade material às avessas que

096068-Relator(a)Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA-Data da PublicaçãoDJe 03/08/2018-
DecisãoRECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 96.068 - RJ (2018/0058924-7);ProcessoHC 459947-
Relator(a)Ministro HUMBERTO MARTINS-Data da PublicaçãoDJe 03/08/2018-
DecisãoHABEAS CORPUS Nº 459.947 - DF (2018/0178421-9).

legítima o encarceramento e confere a ele o papel de forma de controle porque lhe garante legitimidade ainda que aparente.

Muito embora, no que concerne, a Teoria das Igualdades caiba ao Direito oferecer técnicas para a destruição das discriminações negativas e para a promoção das discriminações positivas (ações afirmativas). O conceito jurídico de igualdade é um só e abrange as variações de igualdade formal e igualdade material, superando as distinções relativas à teoria e à prática, sendo esta igualdade de fato de caráter específico e aquela igualdade de direito com o caráter mais genérico o qual tem se agigantado no campo do sistema prisional brasileiro sob a égide de que o direito penal funciona para todos e pode ser aplicado contra todos, exigindo a ausência de distinções quando, na verdade o que se pretende é supliciar os infratores para satisfazer a necessidade do “olho por olho dente por dente”.

Porque, na verdade, os mecanismos do direito material, servem apenas para manutenção dos direitos sociais de segunda dimensão de uma parcela da sociedade a qual detém algum poder aquisitivo e de representatividade, adquiridos muitas vezes em decorrência do crime, afastando o papel da responsabilidade penal, enquanto única forma de alcançar crescimento pessoal e a ressocialização que estabeleceriam escalas para um cumprimento da pena de forma igualitária.

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais devida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.³¹

Fatores que já afirmava Jorge Miranda, importante constitucionalista português, para quem a “igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística”. Assim, a igualdade não é tanto um “dado”, que faz parte de um sistema jusnaturalista, quanto um “construído”, embora haja uma importante relação com identidade de natureza humana e uma dignidade igualmente valiosa porque na igualdade material repousa a responsabilidade de conferir forma à responsabilidade penal no sistema carcerário, mas não difere proporcionalmente. Uma vez que, segundo Robert Alexy, o que determina a imposição de um tratamento desigual é a presença de uma razão suficiente. E diante disso é necessário atentar para a modesta formulação de Boaventura que visualiza “igualdade e diferença”, ao

³¹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.283.

invés da alternativa “igualdade ou diferença”, estabelecendo o que fomenta a necessidade de plena igualdade material em todos os setores sem distinção.

O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza³².

Todavia o maior problema está no fator de discriminação, que deve ser adequado e lícito, devendo ser excluídos desde logo fatores “proibidos” os quais se utilizam de critérios rigorosos para avaliar o cabimento de determinadas distinções, assim, a igualdade pode, enfim, significar diferenciação, evitando que crimes se confundam com presidiários recebendo o mesmo tratamento odioso, porque o fenômeno do encarceramento coisifica, e somente a igualdade material como vem sendo aplicada, ao menos como prelúdio às mulheres grávidas e, de maneira, tímida a alguns egressos do sistema penitenciário, alcance o seu fim, estabelecendo a política de responsabilidade penal proporcional, ampla e irrestrita tão urgente ao sistema carcerário brasileiro.

À medida que qualquer coisa contrária, a isso degenera em imposição da equiparação representando um nivelamento descaracterizador opressivo, conforme foi visualizado atualmente nas amostras estabelecidas neste trabalho, que tende a ocultar e perpetuar as desigualdades inferiorizantes. Fugindo sobremaneira de qualquer visão maniqueísta que possa vir a repousar no pensamento, pois segundo Boaventura é justo o direito de ser igual quando a diferença inferioriza o indivíduo.

7. Responsabilidade penal e o problema da Igualdade Material “às avessas”

No Código brasileiro, a imputabilidade, como pressuposto da responsabilidade, se integra plenamente, quando ocorrer certo grau de desenvolvimento mental e conseqüente maturidade psíquica, sanidade mental, entendimento ético-jurídico e faculdade de auto determinação, assim, desde que o Direito Penal venceu a fase rudemente objetiva de suas origens, o seu sistema veio a se constituir, tendo-se em vista a idéia de culpabilidade, elemento da estrutura conceitual do crime.

³²SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

Para a Escola Clássica, como já se salientou, a responsabilidade penal era decorrência da imputabilidade moral, enquanto que, para o positivismo penal, o conceito de imputabilidade desaparece, absorvido pelo conceito de responsabilidade social cuja variedade de teorias as quais procuraram justificar a imputabilidade está a demonstrar que o problema permanece longe de encontrar soluções pacíficas. Mas, de qualquer modo, a maior parte das concepções reconhece que o indivíduo é responsável por seus atos e por sua conduta. Sua responsabilidade será tanto maior quanto mais nítida for a sua capacidade de conhecer o ambiente que o cerca, todavia, concomitante a igualdade material, enquanto conceito multiplicador de discriminações positivas também deixou suas marcas na responsabilidade penal, por meio do estabelecimento, de uma mentalidade que visava a retirada do estigma e o estabelecimento de mecanismo que reintegrasse o egresso do sistema prisional ou mesmo minimizasse a depender do crime praticado seu encarceramento com penas que nem sempre conduzissem a privação de liberdade.

Desse modo, a alternativa entre uma responsabilidade social ou objetiva e uma responsabilidade moral é, hoje, insustentável. Afinal de contas, se trata de um falso dilema, porque o direito é uma instância de responsabilidade autônoma, perfeitamente caracterizada e o que se questiona nesse trabalho é ampliação dessa visão, conferindo responsabilidade proporcional ao crime cometido, ampla, garantindo penas alternativas e realmente ressocializantes, evitando restrições que se respaldem, exclusivamente, no caráter discriminatório negativo. Muito embora, o conceito de responsabilidade deva ser entendido como um conceito jurídico, não se pensando em restabelecer a chamada responsabilidade moral. Essa solução propunha, em ambas as partes, uma ontologia rudimentar para a qual só é dado conhecer um mundo físico e um mundo moral, de modo que o direito só teria lugar em um desses compartimentos. O direito, ao contrário, está situado entre os produtos da cultura humana, como a ciência, a técnica, a arte, dentro de um plano espiritual no qual a moral também se encontra. Assim, o direito tem as suas próprias exigências e a responsabilidade jurídica apresenta uma estrutura própria e, sobretudo, uma dinâmica específica, desencadeante da coação, o que torna perigoso, além de incorreto, chamá-la de responsabilidade moral que atualmente se transvestiu na igualdade material às avessas, exigindo um comportamento para se fazer jus ao direito que conceitualmente ao menos no que concerne as igualdades deve ser de todos e para todos, conforme a Constituição Brasileira.

7.1. Dogmática Penal: Teoria Finalista

Nesse ponto para que seja possível apreender o que resultou no problema da Igualdade Material às avessas e seus reflexos para a responsabilidade penal é importante compreender o real fundamento do direito de punir o qual foi objeto de estudo de diversas Escolas Penais, cujos delineamentos passam a ser expostos, muito embora de maneira geral, porque servem apenas de substrato para compreender o fenômeno.

A primeira das escolas a tratar da humanidade da pena foi a Escola Clássica, do século XVIII, assim, Bitencourt distingue dois grandes momentos desta escola que seria o teórico-filosófico, de cunho utilitarista, o qual pretendia adotar penalidades fundadas na necessidade social, tendo como representantes Beccaria, Filangieri e Romagnosi, e o ético-jurídico, de cunho jusnaturalista, o qual enxergava a pena como uma exigência ética de retribuição. E os seus pensadores foram Francesco Carrara, Feuerbach e Pelegrino Rossi.

E é, a partir desse momento, que nasce o fim retributivo embrião da responsabilidade penal objeto deste trabalho que foi estabelecido como um fim para o estabelecimento das penas. Nesse contexto, sua finalidade precípua seria castigar o delinquente pelo crime cometido. A Escola Positivista surge durante o transcorrer do século XIX, preconizando que o crime seria um fato humano e social, razão pela qual seria necessário investigar os motivos que levam o indivíduo a delinquir. E, nesse momento, ganha notoriedade a escola de César Lombroso, que adota a Teoria do Criminoso Nato. Para este autor, certos homens já nascem criminosos. Diante desse cenário, afirma Bitencourt

Em realidade, muitas das reformas sugeridas por Beccaria foram propostas por outros pensadores. O seu êxito deve-se ao fato de constituir o primeiro delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria, englobando importantes aspectos penológicos. Beccaria constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior³³.

Assim, fundamentando-se na Teoria do Contrato Social, de inspiração rousseauiana, Beccaria defendia que as penas a serem impostas aos infratores deveriam ser proporcionais àquela parcela de liberdade cedida, quando os homens passaram a viver em sociedade. Dessa maneira, apesar da recusa de alguns penalistas modernos, segundo Bitencourt, Beccaria

³³BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Part. 1. Vol. 1. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2013, p. 33

atribuiu um sentido utilitarista à pena, visto que esta deveria produzir algum benefício. Ademais, esta deveria servir para prevenir o delito em relação à sociedade e não apenas funcionar como um castigo ao infrator. Nesse contexto as idéias ressocializadoras da pena encontram em Beccaria um importante antecedente e muitos dos questionamentos formulados por este pensador permanecem sem resposta, muito embora se encontrem vivos na *práxis*.

Tendo em vista que a dogmática penal constitui, por um lado, um aspecto finalista e a prisão na outra ponta produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade. Por outro lado, a igualdade material às avessas segrega o indivíduo de seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos “oficiais”, pois atualmente se degenerou o aspecto humanizador do conceito da responsabilidade da pena, levando o sistema a um Estado de Coisas Inconstitucionais que não é resultado de seu aspecto finalista, mas sim, do mau uso do caráter proporcional, amplo e irrestrito aqui defendido, legitimando, por meio da vontade do poder, o medo de garantir aos presidiários e egressos do sistema carcerário o acesso a igualdade material, evitando o encarceramento, para garantir a ressocialização.

7.2. Aspectos Jurisprudenciais da Igualdade material em seu aspecto penal

Diante das amostras catalogadas e dos resultados encontrados não há dúvida quanto a manutenção da metodologia de forma de controle a qual fomenta o encarceramento ao menos em seu aspecto jurisprudencial e, por consequência, diante das respectivas decisões é possível apresentar a falta de amparo legal delas na Igualdade Material, ao se debruçar no caso dos presidiários (homens) os quais muitas vezes são recolhidos por crimes que mais se aproximariam de crimes de usuário, previstos no Art. 28 da Lei 11343/06, mas não gozam da igualdade material quando comparados aos traficantes e tem suas prisões domiciliares negadas sob a égide da reincidência, sendo necessário frisar que já se encontram presos por alguns anos na maioria dos casos.

Dessa maneira, vários autores, a exemplo de Bitencourt comungam do mesmo sentimento ao asseverar que a ressocialização não pode se basear em valores que acobertariam um caráter médico, mas sim na necessidade de analisar todos os aspectos da responsabilidade penal que durante muito tempo se resguardou apenas a tratar da imputabilidade. Diante do exposto é importante analisar outros elementos que a compõem e que são analisados pelos

Tribunais como em separado, eliminando as possibilidades de análise proporcional na execução das penas ou no estabelecimento de penas que realmente visem a ressocialização, evitando que uma pena menos grave venha ser cumprida com severidade e, por consequência, evitando que se afaste do ideal de justiça. Assim, é possível visualizar o posicionamento maniqueísta inculcado pela sociedade quando se trata do estabelecimento de penas alternativas, diante de uma cultura de suplícios e violência, porque a sociedade acredita que a dor recupera, quando, na verdade ela aumenta ainda mais o sentimento de vingança e opressão os quais arregimentam mais soldados para o crime.

Com isso, não se pretende gerar um caráter emotivo, mas sim, demonstrar como os aspectos jurisprudenciais da Igualdade Material são resultantes, ou melhor, reflexos da mentalidade popular, fugindo aos conceitos apreendidos pelos magistrados em política criminal, conferindo a eles o dever de zelar pela proporcionalidade e equidade das penas e não pelo clamor social.

Até mesmo porque a interiorização forçada de valores, remontando o posicionamento inicial, contraria flagrantemente a concepção de uma sociedade democrática. Deixando os efeitos negativos desta tendência impositiva expressos, assim, não há nenhum indicativo de que esta amenize o retrocesso e leve ao crescimento, para que se alcance o fim máximo desejado pela escola clássica: humanizar para a ressocialização, porque a massa sensacionalista a qual vive do terror, gera na sociedade um clamor pelo aumento da repressão, em detrimento da recuperação de presos, aos quais já se atribui a máxima definitiva de irrecuperáveis.

Dessa forma, no que concerne a jurisprudência brasileira referente a igualdade material não se tem dúvida do total domínio e aplicação desse conceito, em outras áreas, a exemplo, da saúde, da política de cotas, todavia, ao verificar nas amostras a aplicação, muito embora de maneira tímida e pouco eficiente, chama atenção nestes tempos pós-modernos de um significativo reforço do distorcido, dramático e demonizador discurso da repressão penal já que em seus votos os ministros julgam de maneira pouco explicativa o que consideram risco de reiteração como sendo elemento máximo que motiva o trancafiamento.

Fatores os quais justificam o posicionamento desse trabalho que, por reiteradas vezes, denomina de política de encarceramento as metodologias ainda aplicáveis pelos Tribunais Superiores brasileiros a qual não só é proveniente do judiciário de primeiro grau como se acredita por trabalhar diretamente com os criminosos, mas sim, representa um reflexo das decisões em repercussão geral estabelecidas pelos Tribunais Superiores, reduzindo a menos

de 10% o número de presidiários/acusados atendidos pela prisão domiciliar e a praticamente zero o número de condenados a penas alternativas diante de um universo de apenados, apesar de, diante dos diversos questionamentos levantados pela doutrina, serem suficientes para demonstrar que a prisão, enquanto forma de controle para manutenção do encarceramento, já nasceu fadada ao fracasso e por isso desde seus primórdios - como ensina Foucault- esteve atrelada à necessidade de sua reforma.

Dessa maneira, o aspecto jurisprudencial dos Tribunais Superiores brasileiros, conforme amostras presentes no referido trabalho, apresenta um erro na concepção positiva, ou seja, erigiu a periculosidade do agente como critério da responsabilidade, desprezando as suas condições subjetivas, que não são levadas em conta para determinar a sua capacidade de imputação.

Muito embora seja necessário pontuar como também foi demonstrado, por meio da análise das amostras, que o discurso mundial das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) também passou a ser implementado nos Tribunais Superiores brasileiros os quais apesar de resistentes reconhecem a necessidade de atender esse clamor de caráter mundial. Já que a falta da concepção clássica está em se deixar prender a um conceito puramente racional, divorciado da experiência histórica.

8. Mecanismos para o estabelecimento do equilíbrio eficaz: audiência de custódia e medidas alternativas conforme o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros

Além dos aspectos históricos e facetas apresentadas ao longo do texto, para esclarecer a respeito do poder e a sua gênese, é de extrema necessidade ressaltar seu papel de meio com o objetivo de facilitar a sua visualização como forma de controle frente a política de encarceramento. Portanto, os fins retributivos, intimidativos e ressocializadores da pena prisional são incompatíveis entre si. E, aqui reside, o grande contrasenso da prisão que, no século XXI, começa a apresentar mecanismos os quais visam gerar um equilíbrio eficaz, enquanto não são estabelecidas novas normas com as formas de pena que nem sempre deverão privar a liberdade. A fim de possibilitar a repressão ao delito e garantir o fim retributivo da pena, são aplicados os mais diversos meios de disciplina e ordem. Estas medidas tornam-se ainda mais rígidas a fim de barrar fugas e rebeliões.

Todavia, em um modo de vida que prioriza a sobrevivência diante da omissão proposital do Estado e em que, portanto, é imposto aos presos, afasta-se a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade.

Assim, diante da ameaça iminente, de uma crise de proporções irreversíveis tem sido implementado um outro mecanismo: a audiência de custódia - também chamada de audiência de garantias a qual visa no campo do direito penal viabilizar a implementação da igualdade material, abrindo espaço, ainda que de maneira tímida para o estabelecimento de uma responsabilidade penal ampla, irrestrita e proporcional - prevista pelo Pacto de São José da Costa Rica que dispõe em seu artigo 7º³⁴, em especial no item 7.5 do referido artigo, que toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à autoridade, conforme transcrição abaixo:

Direito à liberdade pessoal (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. [...].

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe em seu artigo 9º, em especial no item 9.3 sobre a audiência de custódia:³⁵

(...) 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. [...].

Como pode ser observado pelas transcrições acima, tais diplomas normativos, que tem plena eficácia no Brasil e, ao menos, natureza supralegal (conforme entendeu o STF no RE 4666343-1 SP), preveem a chamada audiência de custódia como forma de desafogar o sistema carcerário, demonstrando o posicionamento do cenário internacional, além de afastar as

³⁴ BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 27 set. 2018.

²BRASIL, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Decreto 592/1992. Disponível em . Acesso em 27set. 2018.

³⁴ LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista das Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, setembro/dezembro de 2014, p.16.

acusações de que se trataria de uma forma de impedir a punição ou ainda como um empecilho ao trabalho da polícia, pois segundo as normas em tela a liberdade é condicionada a garantias e não concedida de maneira deliberada. E é, justamente, com base nestas normas, que, por meio de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, os estados brasileiros começaram a dar os primeiros suspiros no que concerne a manutenção e aperfeiçoamento.

Assim, a audiência de custódia consiste no direito de todo cidadão preso a ser encaminhado, sem demora, à autoridade judiciária para a análise de sua integridade física bem como da legalidade e necessidade da prisão. Além da grande preocupação com a prevalência dos direitos humanos, há grande interesse nesta audiência como forma de diminuir o encarceramento em massa no país, uma vez que 40% da população carcerária são de presos provisórios. Segundo entende Aury Lopes Junior e Caio Paiva³⁶:

São as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

A ideia é justamente conduzir o preso ao juiz, de forma que este verifique a necessidade e a legalidade da prisão, bem como a integridade física do preso com a presença de seu defensor e do Ministério Público sem demora, como afirmam os Tratados Internacionais.

Atualmente, o juiz deve ser comunicado da prisão em até 24 horas, conforme dispõe o art. 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal. No entanto, trata-se de uma comunicação fria e distante, por meio de um simples papel, sem tratar o preso como sujeito de direitos, que tem o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, principalmente, na hipótese de uma prisão que é a maior restrição de sua liberdade.

Dessa maneira, deve-se alertar que a medida a ser adotada, não pode ser utilizada tão somente como uma simples regra procedimental de fachada, com o intuito de camuflar a realidade sob o fundamento de estar o Brasil cumprindo os tratados internacionais de Direitos Humanos, esse não é de forma alguma o objetivo da norma que tem o fim de atender os dois lados dessa história a sociedade e o preso, muito embora, infelizmente, seja visualizada como

³⁶ LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ: RUMO A EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL.** Disponível: <http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11255/2/Audiencia_de_Custodia_ea_Imediata_Apresentacao_do_Preso_ao_Juiz_Rumo_a_Evolucao_Civilizatoria_do_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 28/10/2018 às 10:48, p. 168.

um desserviço por algumas camadas *xixtas* da sociedade. Assim, a medida visa a sacramentar o direito já garantido nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, por meio de uma mudança cultural, de forma a assegurar efetivamente o direito à ampla defesa e ao contraditório àquele acusado por agentes estatais pela prática de determinado crime, bem como sua dignidade, em atenção aos postulados da prevalência dos direitos humanos e ao princípio da presunção de inocência. Isso porque o acusado, ao ser capturado por agentes estatais, encontra-se em situação de imensa vulnerabilidade, inclusive diante da força do depoimento dos policiais que possuem presunção de veracidade.

Diante do exposto, o Estado, dotado de seu aparato estrutural, situa-se em posição de vantagem frente ao acusado, de forma que a realização da audiência de custódia tem o condão de, ao menos, tentar minimizar tal desvantagem ao possibilitar à análise pelo juiz, frente a frente ao indivíduo, de sua condição física e dos requisitos necessários para decretação da prisão preventiva ou até mesmo pela atuação em penas privativas de direito ou multa, a exemplo, dos casos de furtos de alimentos recorrentes.

O presente trabalho não defende a tese de que todas as prisões no Brasil são ilegais, desmerecendo o trabalho realizado pelas polícias, nem de que todos os presos são pessoas “do bem” e sempre inocentes. Não é isso! A questão é garantir a todos os indivíduos – que até o trânsito em julgado de sentença condenatória são inocentes – o direito de serem tratados com dignidade e isonomia, ainda que sejam condenados posteriormente. Além disso, que possam exercer, quando de sua prisão, o direito à ampla defesa e ao contraditório de forma efetiva, perante autoridade judiciária competente, diante de medida tão extrema como a prisão ou não, desde que a receba pautadas nos critérios da proporcionalidade, ampla e irrestrita, evitando meandros que retirem seus direitos pela ausência de defesa prévia ou ainda que inviabilizem a sua ressocialização tão cara a todos os setores da sociedade os quais não compreendem que a solução para que a política de encarceramento deve passar longe da forma de controle, mas sim, constituir-se de responsabilidade penal subjetiva composta por diversas acepções demonstradas ao longo desse trabalho.

CONCLUSÃO

A princípio é possível concluir que a legitimidade para aplicação do poder não possui uma regra maniqueísta que a controla, mas resulta das manifestações de poder nos mais diversos aspectos sejam eles filosóficos, sociológicos ou jurídicos. Assim, o fatiamento de direitos transvestido de igualdade material deve ser denominado de igualdade material às avessas e se constitui como uma forma de estabelecer preconceitos e medo entre os presidiários e egressos do sistema carcerário e a sociedade, conferindo àqueles um tratamento cada vez mais indigno, garantido pela política do medo gratuito por causa da falta de interesse em resolver o problema da maneira correta.

Dessa forma, é possível demonstrar que a Política de encarceramento brasileira é uma forma de controle das relações jurídicas penais o que termina por negligenciar a responsabilidade penal proporcional, ampla e irrestrita, pois o fim da pena desejado pelo Estado brasileiro apenas se respalda no crime e castigo como uma via de mão única, afastando uma terceira via a qual reduziria as reincidências, tão presentes nas amostras colhidas durante a pesquisa, e que norteiam os votos dos ministros os quais não concedem penas alternativas sob sua égide, mas nada cobram dos outros poderes para sua dissolução.

E, muito embora, não haja, é verdade, uma relação necessária de causa e efeito entre pobreza e delinquência, apesar dos Censos, periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça, terem classificado como absolutamente pobres entre 90 e 95% dos internos no sistema penitenciário brasileiro é inegável que essa parcela da população, é dotada de ausência de qualificação e experiência profissionais que impedem sua inserção em quaisquer mercados e essas ilhas de miséria somente se agigantam com o estigma de egresso do sistema prisional.

Então, é possível concluir, que o processo de inserção destes indivíduos passa por políticas de facilitação do acesso aos bens produzidos pela sociedade: alimentação, educação, saúde e segurança. Aliados, desde o início dos produtos sociais, estes indivíduos acabam levados à delinquência e, frequentando as prisões, não há como se esperar que retornem aptos, neste ambiente repressivo e sancionador, ao convívio de uma sociedade que desde o início não os tem como participantes de seu corpo.

E, no que concerne ao que é possível ensinar a alguém a viver em sociedade estando preso, nesse ponto, é possível concluir o caráter absolutamente contraditório de esperar que alguém aprenda, de fato, a viver em liberdade, estando privado dela sendo bombardeado por

ausência de justiça institucional. De fato, as regras que regem o cárcere diferem em muito das regras sociais, por um lado, a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade; por outro lado, segrega o indivíduo de seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos “oficiais” tudo isso proporcionado pela metodologia admitida no Brasil, pois elegeu a forma de controle como égide, fracassando um sistema e várias gerações de presos que segundo a política carcerária brasileira se acham irrecuperáveis.

Em resumo os indivíduos, que são parte vulnerável e fraca nesta relação, não podem ser prejudicados nem privados de direitos e garantias fundamentais por falta de organização e vontade política estatal. Como forma de destruir esta inércia, advém os movimentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça no sentido de diligenciar a efetivação da audiência de custódia nos estados para garantia de um equilíbrio eficaz e de uma responsabilidade penal proporcional, ampla e irrestrita para reduzir o lapso temporal da sentença, apresentando uma mudança de mentalidade ao problema aqui denunciado.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: Introdução à filosofia. 4ª Edição. São Paulo: Editora Moderna, 2009.
- ASSIS, Machado de. **O Alienista**. São Paulo: Ática, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Part. 1. Vol. 1. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BURDEAU, GEORGES. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- CAVALCANTI, Márcio. **Dizer o Direito**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/10/info-842-stf1.pdf>>. Acesso em: 03/10/2018 às 17:13.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2012.
- Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>. Acesso em: 24/09/2018 às 17:40.
- Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/busca?termo=audi%C3%A2ncia+de+cust%C3%B3dia>>. Acesso em: 24/09/2018 às 17:40.
- DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- FÓRUM PERMANENTE DE ESPECIALIZAÇÃO E ATUALIZAÇÃO NAS ÁREAS DO DIREITO E PROCESSO PENAL, EMERJ, 2015, Audiência de Custódia, 23 de março de 2015, EMERJ, auditório Desembargador Nelson Ribeiro Alves.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia**: romance da história da filosofia. São Paulo: Cia. das letras, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: a expansão política do direito.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ: RUMO A EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL.** Disponível em:

<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11255/2/Audiencia_de_Custodia_ea_Imediat_a_Apresentacao_do_Preso_ao_Juiz_Rumo_a_Evolucao_Civilizatoria_do_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 28/10/2018 às 10:48.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista das Liberdades, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, setembro/dezembro de 2014.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia.** São Paulo: Thompson Learning, 2007.

NOVA, Sebastião Vila. **Introdução à Sociologia.** São Paulo: Editora Atlas, 1944.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: (Org.). **Reconhecer para libertar.** Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Supremo Tribunal Federal, RE 466343-1, São Paulo, Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 set 2018.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28CONVERSO+EM+PENAS+ALTERNATIVAS+E+RESPONSABILIDADE+PENAL%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7y9ferz>>. Acesso em: 04/10/2018 às 17:35.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>>. Acesso em: 03/10/2018 às 17:10.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=CONVERS%C3O+EM+PENAS+ALTERNATIVAS++E+RESPONSABILIDADE+PENAL&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=20>. Acesso em: 04/10/2018 às 17:42.

WEBER, Max. 'Classe, status, partido'. Apud: VELHO, Otávio Guilherme C. A.; PALMEIRA, Moacir G. S.; BERTELLI, Antonio R. (Org.). **Estrutura de Classes e Estratificação Social**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.