



REVISTA DO CAAP
fundada em 1921

O REALISMO MARGINAL NO DISCURSO JURÍDICO-PENAL COMO UMA TEORIA UNIVERSALISTA A PARTIR DO SUL

Maya Chaves Machado Borges¹

RESUMO: O presente artigo pretende relacionar o pensamento de dois professores a respeito das relações de poder existentes entre países do Norte e do Sul global e das diferenças entre esses países, trazendo a possibilidade da criação de teorias advindas dos países periféricos, uma vez que possuem características estruturais que demonstram a desigualdade e a brutalidade provenientes da sua formação histórica. Analisa-se o pensamento do professor David Francisco Lopes Gomes a respeito da possibilidade de criação de teorias universais a partir do Sul e, em paralelo, o pensamento de Eugenio Raul Zaffaroni sobre os sistemas penais latino-americanos e, a partir de suas características próprias, reconhece-se a importância da criação da teoria do Realismo Marginal, proposta pelo penalista, como forma de resposta às barbaridades presenciadas nesses países.

Palavras-chave: Universalismo; Sul global; Sistema Punitivo; deslegitimidade; realismo marginal.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-monitora da disciplina de Direito Penal II na Faculdade de Direito da UFMG. Estagiária na 18ª Promotoria de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belo Horizonte. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9425-7665>. E-mail: mayamachado@yahoo.com.br

**THE MARGINAL REALISM IN LEGAL-CRIMINAL DISCOURSE AS A
UNIVERSALISTIC THEORY FROM SOUTH**

ABSTRACT: This article intends to relate the thoughts of two professors regarding the power relations that exist between the countries of the global North and South and the differences between these countries, bringing the possibility of creating theories originating from peripheral countries, since they have structural characteristics that demonstrate the inequality and brutality arising from its historical formation. Therefore, we analyze the thoughts of professor David Francisco Lopes Gomes regarding the possibility of creating universal theories from the South and, in parallel, the thoughts of Eugenio Raul Zaffaroni on Latin American penal systems and, from its own characteristics, regulate the importance of creating the theory of Marginal Realism, proposed by the penalist, as a way of responding to the barbarities witnessed in these countries.

Keywords: Universalism; Global South; punitive system; delegitimation; marginal realism.

INTRODUÇÃO

Quando se iniciam os estudos em Direito, a extensa teoria deixa a impressão de que a aplicação das normas estabelecidas é justa e razoável. Entretanto, ao longo do curso, começa-se a observar uma realidade diferente da idealizada, como é o caso do Direito Penal, que possui uma doutrina completa, mas que, na prática, pode gerar injustiças e a perpetuação de estruturas sociais que estão enraizadas na sociedade. Muitas vezes, omite-se dos discentes a realidade, por exemplo, do sistema carcerário que, no Brasil, possui problemas estruturais, como a insalubridade e a superlotação, além da ocorrência de violações aos direitos humanos. Ademais, as reflexões acerca do “alvo” do Direito Penal e do sistema punitivo são bem escassas, já que muitos penalistas negam essa assertiva, justificando a punição em massa de negros e pobres com a teoria da prevenção especial positiva, que diz que a sanção penal tem como objetivo ressocializar o indivíduo, algo que não ocorre.

Nesse sentido, surgem análises críticas a respeito do sistema punitivo no mundo. Entretanto, há uma necessidade maior de crítica nos países periféricos, isto é, os países do Sul

global, denominados subdesenvolvidos, tais como as nações do continente americano e africano, tendo em vista a maneira como ocorreram suas formações como Estado-Nações, passando pelo colonialismo, ligado à revolução mercantil dos países do Norte, pelo neocolonialismo, ligado à Revolução Industrial ocorrida no centro, e o que pode ser chamado de tecnocolonialismo, na contemporaneidade, surgido através da revolução tecnológica² (Zaffaroni, 2010, p. 65). Em linhas gerais, essa similaridade gera efeitos totalmente diferentes das potências mundiais, já que a marginalidade presencia diretamente as brutalidades do sistema penal, ao passo que, apesar de também haver problemas, os sistemas europeu e estadunidense não se comparam em termos de gravidade.

Dentre os países periféricos supracitados, o presente o artigo dá enfoque apenas a similaridade entre países latino-americanos, seja pela sua semelhança em relação à dominação ibérica, seja por outros aspectos abordados ao longo do artigo. Esse recorte regional também se dá pela construção de Eugenio Raúl Zaffaroni em sua obra “Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal”, obra analisada ao longo este trabalho. A inspiração acerca da utilização da referida obra para o presente estudo ocorreu devido à realização da cerimônia de entrega do título de *Honoris Causa* ao penalista na Faculdade de Direito da UFMG, ocorrida em 17 de outubro de 2023. Em discurso proferido na cerimônia, o doutrinador discorreu sobre a herança colonial deixada no Brasil, que remonta a uma aplicação do Direito Penal deturpada, que promove a manutenção das estruturas de domínio e a injustiça.

Desse modo, cabe ressaltar que o ponto principal da presente pesquisa é relacionar a obra de Zaffaroni e sua crítica ao funcionamento do sistema penal nos países periféricos à tese criada por David F. L. Gomes em seu livro “Sociedade, um problema, múltiplos níveis de análise: Por um universalismo a partir do Sul”, na qual o professor doutor disserta sobre a legitimidade da criação de teorias universais formadas a partir do Sul global.

Por fim, unindo as visões de ambos os professores, o artigo estabelece um paralelo entre o sistema punitivo brasileiro e o sistema punitivo dos demais países da América Latina, demonstrando que a teoria crítica proposta por Zaffaroni é um exemplo prático de como seria

² Para Zaffaroni, os sistemas penais latino-americanos estão levando essas sociedades a um genocídio. Tal genocídio estaria intimamente ligado com a revolução tecnocientífica e com o avanço dos meios de comunicação e tecnologia.

uma teoria universalista criada a partir do Sul, tendo seu contexto de gênese na América Latina, mas transcendendo suas fronteiras e atingindo um nível mundial, quebrando o paradigma das antigas teorias universais, já que todas elas foram criadas tendo como base a visão do Norte e, conseqüentemente, reproduzindo concepções etnocêntricas.

1. A PROPOSTA DE UNIVERSALISMO A PARTIR DO SUL DE DAVID F. L. GOMES

O artigo explorará o que está contido na obra do professor Doutor David Francisco apenas no que tange o primeiro texto da Parte I, cujo nome é “A Escola de Frankfurt, o pensamento decolonial e suas debilidades complementares: para um universalismo a partir do Sul”, presente nas páginas 7 a 29.

Nesse breve artigo, o professor discorre sobre como os seus estudos acerca da Escola de Frankfurt o levaram a perceber que a teoria crítica criada pelos intelectuais pertencentes à essa escola de pensamento abarcava apenas um contexto temporal, ignorando os fatores geopolíticos, isto é, a localização na qual estavam inseridos – o Norte global.

Com isso, tece uma crítica sobre a maneira como tais teorias criadas a partir de uma visão norte-centrada ignoram os efeitos do colonialismo empreendido nos países periféricos. Há, nesse ponto, a introdução de um conceito muito importante, a chamada Colonialidade, que representa o reflexo direto da colonização na modernidade, trazendo sequelas aos países afetados que perduram até a contemporaneidade³ (Gomes, 2023, p.13). É importante ressaltar que sua crítica parte da análise de correntes contrárias ao pensamento eurocentrista, tais como o decolonialismo que, apesar de muito importante, tem se mostrado radical com relação aos seus adeptos mais recentes, que rejeitam toda e qualquer forma de universalismo ou, de maneira igualmente problemática, recusam teorias advindas do Norte e aquelas do Sul baseadas em pensadores do centro global.

Para o autor, essa visão não passa de algo radicalista que ignora a potencialidade de teorias que surjam do contexto da periferia. Nesse panorama, não podem ser ignoradas as tentativas de criação de teorias universais em países que, em seu cotidiano, sofrem com

³ Para Gomes, a Colonialidade gera uma nova maneira de entender a diferença colonial. Nesse sentido, não é uma simples dicotomia e hierarquização, mas uma forma de organização do mundo moderno.

problemas estruturais advindos do avanço do sistema capitalista, tais como pobreza e violência extrema, indicando, também, a possibilidade de transcendência dessas teorias, abarcando os países centrais, tendo em vista que, apesar de as brutalidades ocorrerem no Sul, isso não significa que não exista nenhuma similaridade entre os aspectos estruturais do Norte e do Sul. Nas palavras do professor “(...) a recusa da universalidade implica uma limitação do potencial crítico que as teorias desenvolvidas no Sul poderiam conter para refletir-se não apenas sobre o próprio Sul, mas sobre o mundo inteiro” (Gomes, 2023, p. 15). Portanto, a elaboração desse tipo de teoria é uma forma de reafirmar a legitimidade da criação de ideias que englobem a totalidade sem, entretanto, deixar de entender que é necessária a quebra de padrões e o acolhimento de visões que não sejam eurocêntricas.

2. BREVE SÍNTESE DA OBRA DE ZAFFARONI: EM BUSCA DAS PENAS PERDIDAS

Sinteticamente, a obra de Eugenio R. Zaffaroni é uma crítica ferrenha ao Direito Penal e sua aplicação nos países latino-americanos, entendendo que as penas não desempenham o papel de prevenção especial reiterado por parte dos doutrinadores. As penas passam a ser uma forma de sofrimento. Nesse sentido, o autor analisa diversas teorias críticas a respeito do sistema punitivo, bem como as respostas quanto à essas críticas, sendo elas em sua grande maioria criadas por pensadores do Norte global e, a partir, delas, cria sua própria teoria, trazendo uma perspectiva realista e marginal (pois advinda da periferia) da perda de legitimidade do sistema penal, de suas penas e da forma como esse problema deveria ser resolvido.

O grande penalista possui afinidade com a temática dos direitos humanos e, muitas vezes, analisa os aspectos sociológicos e históricos da formação dos países da América Latina, em especial a Argentina – país de sua nacionalidade – e o Brasil. Tais aspectos sempre apontam para uma discussão sobre os reflexos do colonialismo e a diferença entre os países do centro e da periferia em termos de observância à legalidade, isto é, se o Direito Penal segue aquilo que está regulado, algo que não acontece em sua plenitude, ocorrendo, em diversos casos, até mesmo uma aplicação ilegal do uso da força e do poder punitivo Estatal. Apesar de esses tópicos serem tratados de maneira muito breve em seu texto, é necessário ressaltá-los no presente estudo para que haja a efetiva demonstração de que as similaridades negativas dos

sistemas punitivos latino-americanos e a necessidade de resolução de tais problemas podem ser resolvidas pela criação de teoria universalista que possui como contexto de gênese a periferia global.

A partir dessas considerações introdutórias e breves resumos das bibliografias, percebe-se que há uma afinidade entre as visões de ambos os professores a respeito dos reflexos negativos da colonização, que perduram na contemporaneidade, trazendo problemas estruturais nas sociedades do Sul, marginalizadas e esquecidas pelos demais países.

Nesse momento, dar-se-á um enfoque nos argumentos utilizados por Zaffaroni para a criação de sua teoria, passando pelas teorias deslegitimantes advindas do Norte e dando uma breve síntese do que seria o realismo marginal inserido no discurso jurídico-penal.

3. OS DISCURSOS DE DESLEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

Zaffaroni explica em seu livro que a expressão “penas perdidas”, utilizada no título, nada mais é do que a afirmação de que a existência das penas e a maneira como são aplicadas é carente de racionalidade (Zaffaroni, 2010, p. 12). Em linhas gerais, o autor disserta não somente sobre essa carência de racionalidade, demonstrada através da falta de coerência e de veracidade⁴, mas também sobre a falta de legalidade, que é o elemento principal de sua análise (Zaffaroni, 2010, p.15). Para ele, a legalidade deve ser observada primeiro, já que é a fonte para a existência das leis que compõem o ordenamento jurídico. Sendo assim, a ausência de aplicabilidade segundo à legalidade já dispensa a análise relativa à racionalidade das penas.

Nesse contexto, o autor cita diversas correntes criadas a partir do Norte global que evidenciam a deslegitimidade do sistema. No presente trabalho, cita-se apenas duas delas, a crítica deslegitimante derivada do Marxismo e a derivada da Escola de Frankfurt. Essa escolha se dá pelo fato de o professor David analisar essas duas escolas de pensamento e suas teorias em seus estudos sobre a universalidade a partir do Sul.

Nesse diapasão, a corrente marxista entende que o Direito e as estruturas de poder derivadas desse conceito são nada mais nada menos do que fruto da burguesia, classificando-

⁴ Zaffaroni fornece duas maneiras de averiguar a existência da racionalidade, sejam elas a coerência interna do discurso jurídico-penal e seu valor de verdade quando à nova operatividade social.

as como superestrutura. Para Marx, todo o Direito – o que incluiria o Direito Penal –, já nasce deslegitimante e deve ser negado, pois serve como instrumento de controle utilizado pelas classes sociais dominantes. Tendo isso em mente, diversas correntes surgem a partir da concepção geral de Karl Marx, sendo a teoria de Pasukanis mencionada por Zaffaroni. Para esse pensador, assim como Marx, o Direito é uma ferramenta da burguesia e, nesse sentido, deve ser combatido. Entretanto, entendia que não era possível sua extinção súbita, mesmo após a transição de capitalismo para socialismo, já que é uma estrutura enraizada na sociedade.

Sobre a Escola de Frankfurt, o penalista faz uma pequena apresentação da ideia de um texto de Rusche e Kirchheimer sobre os sistemas penais. Para eles, as punições aplicadas no sistema penal decorrem do funcionamento do sistema de produção. Desse modo, a crueldade dos castigos é diretamente proporcional à existência de oferta no mercado, algo que afeta sobretudo as camadas mais baixas da população.

A partir dessas análises, é possível traçar um paralelo entre o estudo de tais teorias por Zaffaroni e David Francisco. Ambos chegam à conclusão de que, apesar de serem válidas e, muitas vezes, pioneiras, tais teorias ignoram ou não percebem sua localização geopolítica, o que significa que se blindam de uma realidade latente evidenciada nos países do Sul, criando uma espécie de “bolha” que representa falsamente uma realidade, querendo aplicá-la para o mundo todo. Apesar disso, tanto o professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) quanto o professor argentino destacam que a teoria marxista possui um viés universal mesmo possuindo um contexto de gênese europeu, tendo em vista as vivências de Marx, que presenciou as barbáries que a Revolução Industrial causou na Europa.

Sendo assim, apesar dessa ignorância geográfica, é importante ressaltar um dos requisitos para a criação de uma teoria universal a partir do Sul, que é a compreensão de que o contexto de gênese de uma teoria não necessariamente a limita ao espaço onde foi criada. As barreiras geográficas e a diferença colonial evidenciada na dinâmica centro-periferia não significam que uma teoria não possa abarcar ambas as realidades. Entretanto, é necessário que seja uma teoria crítica que realmente reflita sobre as brutalidades, incluindo as ocorridas no Sul.

Por isso, é importante destacar que os sistemas penais e punitivos, tanto do Sul como do Norte, apresentam uma série de problemas comuns em sua estrutura e aplicabilidade, que

revelam a possibilidade da criação de teoria universal⁵ (Zaffaroni, 2010, p. 173). Porém, o que o professor da UFMG propõe é que, por se tratar de região que, na sua formação e desenvolvimento, sofreu muito mais com tais problemas, há uma maior genuinidade para a elaboração de uma teoria crítica. Sendo assim, a partir da análise das teorias norte-centradas, o penalista argentino pretende criar uma teoria que representa uma espécie de reação dos países marginalizados à deslegitimidade e às injustiças do sistema⁶ (Zaffaroni, 2010, p. 173-174).

Tendo como base o que foi acima exposto, cabe ao presente trabalho científico revelar algumas das similaridades dos países latino-americanos quanto aos seus sistemas punitivos, algo que sintetiza a noção criada por David Francisco sobre a violência ocorrida no Sul global e sua capacidade de criação de teorias críticas que transcendem seu ponto regional de partida.

4. A BRUTALIDADE DO SISTEMA EM PAÍSES PERIFÉRICOS E SUA SEMELHANÇA NOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Como dito anteriormente, o objetivo principal deste trabalho é observar a similitude de pensamento entre David Francisco e Zaffaroni, no sentido de que ambos valorizam os acontecimentos que levaram ao desenvolvimento dos países do Sul, algo que os diferencia dos países do Norte. A adoção da América Latina como foco do argentino e do presente texto ocorre não só devido às afinidades regionais, já que são países vizinhos, mas pelo fato de a sua formação histórica e cultural ser muito próxima, passando por pontos como a colonização, que traz consigo o etnocídio e a escravidão e, posteriormente, nos momentos de independência, a ascensão de governos ditatoriais de direita no século XX, que minaram diversos direitos dos cidadãos e trouxeram consigo a posterior necessidade de observação da aplicabilidade dos Direitos Humanos que, infelizmente, ainda seguem sendo violados dentro e fora das unidades prisionais. Com isso, faz-se necessário analisar tais aspectos comuns da comunidade latina da América.

⁵ Zaffaroni entende que, apesar de possuírem aspectos diferentes, em graus diferentes, os sistemas penais do Sul e do Norte possuem características em comum, tais como a seletividade, compartimentalização das agências, criminalização e estereótipos em relação aos presos.

⁶ Para o autor, é necessário que haja uma reação desses países frente aos problemas por eles enfrentados, uma vez que as teorias do Centro não se adequam totalmente às situações apresentadas nesses países. Para ele, o ponto de vista marginal possui maior potencial para criar uma solução que atinja níveis planetários.

4.1 A similaridade quanto aos aspectos da colonialidade

A formação histórica e cultural dos países latino-americanos é muito diferente da formação da história europeia e até mesmo da estadunidense. Isso se dá pela forma como esses países do Sul foram colonizados pelas potências europeias. A colonização europeia no continente americano começa por volta dos séculos XV e XVI, período denominado pelos historiadores de Grandes Navegações. Nesse período, os países buscavam conseguir recursos fora de seus territórios, adotando uma prática econômica chamada de mercantilismo, que pode ser apontada como um embrião do sistema capitalista. Ao se lançarem aos mares, o objetivo dessas nações era conseguir recursos para si através de, por exemplo, a acumulação de metais (metalismo), que demonstrava riqueza naquela época.

Durante os estudos a respeito das Grandes Navegações e da chegada dos europeus ao continente americano, muitos devem ter ouvido falar em “descobrimento”, sendo que, na contemporaneidade, a partir de estudos sobre antropologia e colonialidade, é necessário corrigir esse termo equivocado, que seria devidamente substituído pelo termo “invasão”. Esse pensamento, apesar de parecer radicalista, é uma realidade quando se analisa o impacto da colonização europeia em relação aos povos nativos. A existência de grandes civilizações organizadas como a dos Incas, Maias e Astecas foi dizimada pela invasão dos espanhóis ao território, seja pelo confronto direto com esses nativos, havendo derramamento de sangue, seja pelo incentivo às rivalidades entre os diferentes povos da região ou ainda pela disseminação de doenças europeias. Ademais, pode-se destacar, no Brasil, a invisibilidade dos povos indígenas, que foram em grande parte dizimados e que tiveram suas culturas engolidas pela cultura europeia, considerada superior. Logo, é necessário entender que, nos países da periferia, houve um grande etnocídio, envolvendo o fim de culturas e de povos inteiros. Ademais, a ideia de “Novo Mundo” trazida pelos europeus é, sobretudo, uma maneira de deslegitimar as culturas pré-existentes no continente, como se apenas existisse Europa, África e Ásia até a chegada desses indivíduos à América.

Cabe destacar outro grande problema trazido pela colonização, no que tange a utilização de trabalho escravo africano como forma de sustentação das potências europeias, em especial a Coroa Portuguesa em sua exploração colonial. Apesar de, inicialmente, os portugueses não utilizarem esse tipo de mão de obra, visto que podiam realizar escambo

(troca) com os nativos durante a exploração do pau-brasil, o posterior esgotamento desse recurso teve como consequência a exploração da plantação de cana-de-açúcar e o emprego do trabalho escravo, fomentando o tráfico negreiro e a entrada forçada de africanos no país. A abolição da escravatura no Brasil ocorreu apenas em 1888, com a Lei Áurea. Entretanto, afirma-se que a abolição foi apenas formal, pois nenhuma política pública de integração dos ex-escravos à sociedade foi criada.

Com isso, surge o conceito da chamada colonialidade, que foi utilizado pela primeira vez por Aníbal Quijano, sociólogo do Peru. Tal conceito denota a situação em que, apesar do fim da colonização, seus aspectos estruturais e sua lógica perduram. Simplificadamente, é como uma herança deixada pelo colonialismo. Na América Latina, sobretudo no Brasil, uma das heranças deixadas por esse sistema de dominação europeu é o racismo estrutural e a forma como ele impacta o sistema punitivo: a maioria da população do sistema prisional é negra. Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública mostram que, no ano de 2022, cerca de 68,2% da população carcerária era negra, sendo esse percentual superior a 50% desde 2005, ano inicial da pesquisa. Logo, é perceptível que o Direito Penal possui um alvo específico e este alvo é pré-determinado pelas estruturas de dominação anteriores.

Por fim, é importante destacar que, embora os Estados Unidos da América também tenham sido colonizados por europeus – os ingleses –, há uma grande diferença na forma como as relações sociais funcionam nesse local. Isso é perceptível ao observar que esse país é o mais importante do Norte global desde o século XX. Tal diferença pode ser explicitada pela forma como a colonização ocorreu nesse país. O intuito, desde o início, não era apenas de explorar a terra, mas de povoá-la, ao contrário de Portugal, potência que buscava recursos sem nenhuma pretensão inicial de fixação de moradia. Nesse sentido, os países da América do Sul e Central são fruto da exploração e quase de uma extorsão dos países europeus.

4.2 A similaridade quanto à ascensão de regimes militares ao final do século XX

Para entender o contexto de ascensão dos regimes ditatoriais a partir da segunda metade do século XX na América, particularmente nos países do cone-sul, é necessário situar-se no período entre o fim da Segunda Guerra Mundial e a Queda do Muro de Berlim, entre os anos de 1945 e 1989, em que ocorreu a chamada Guerra Fria. Durante esse período, houve o

protagonismo de dois polos antagônicos no mundo, sendo eles os Estados Unidos e a União Soviética, que representavam ideologias opostas, capitalismo e socialismo, respectivamente.

Nesse contexto, os países latino-americanos passavam por um dilema. Tendo como base toda a exploração já ocorrida nesses países, inclusive protagonizada pelas potências do Norte, era esperado que tais países pudessem se revoltar contra o atual regime capitalista, que perpetuava as desigualdades e injustiças nesses países, como ocorreu em Cuba. A revolução cubana de 1959, de caráter socialista e apoiada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) trouxe uma sensação de insegurança para os setores de direita da sociedade latino-americana, bem como para os Estados Unidos da América (EUA), tendo em vista que Cuba é um país vizinho e seu regime poderia ameaçar toda a expansão e influência capitalista da região.

Sendo assim, temendo que os países do Sul realizassem revoluções de caráter socialista assim como o país caribenho, setores conservadores, apoiados pelo governo dos Estados Unidos, promoveram diversos golpes de estado nos países da América, sobretudo na América do Sul, como os que ocorreram no Brasil (1964-1985), Argentina (1976-1983), Chile (1973-1990), Paraguai (1954-1989, que foi a ditadura mais longa de todos os países da América do Sul) e Uruguai (1973-1985).

Todos esses regimes ditatoriais têm em comum não só o apoio dos EUA, mas também a utilização da perseguição sistemática aos opositores políticos, além do uso de tortura, com a posterior averiguação de inúmeros mortos e desaparecidos. Além disso, é importante destacar que praticamente todos esses países possuíam, no momento anterior ao golpe, governos de esquerda ou alinhados ao socialismo, algo que representava uma ameaça à hegemonia capitalista. Isso demonstra que os países da periferia global sempre foram dominados ideologicamente pelos países do centro, sendo que sua busca por emancipação continuava sendo minada por essas potências.

No capítulo I, item V de sua obra, “A Deslegitimação pelos Próprios Fatos”, Zaffaroni assinala como o fenômeno da morte é essencial para que haja a percepção da perda de legitimidade do sistema penal, pois não é necessária a averiguação de fatores dogmáticos-penais, mas apenas uma noção de ética, algo que todos os indivíduos possuem. O fenômeno da morte gera um choque aos cidadãos, que passam a temer e a protestar, sobretudo quando essas fatalidades ocorrem sistematicamente devido a um regime político. É, portanto, por este

motivo, que as ditaduras militares sul-americanas utilizaram do desaparecimento como forma de mascarar a brutalidade e as diversas violações aos direitos humanos. Nesse sentido, não é incomum escutar discursos negacionistas a respeito do número de mortos durante a ditadura.

A partir dessa exposição, cabe traçar um paralelo entre esse método de desaparecimento e o que efetivamente ocorreu nessas ditaduras, sobretudo na Argentina e no Brasil, países que Zaffaroni costuma analisar com mais atenção. Nesse sentido, segundo levantamento de dados da Comissão Nacional da Verdade, 210 militantes desapareceram durante a Ditadura Militar brasileira e não foram encontrados até os dias de hoje. Apesar dessa estatística, sabe-se que é latente a probabilidade de o número ser muito maior, uma vez que outros dados sobre prisões e torturas no período, como os levantamentos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH-PR) – que aponta que ao menos 20 mil pessoas sofreram com métodos de tortura – demonstram a incoerência desse número.

Além disso, na Argentina, os dados apontam ao menos 30 mil desaparecidos, além do emprego de métodos cruéis como o lançamento de pessoas vivas ao mar e o sequestro e morte de bebês filhos dos indivíduos perseguidos. Nesse país, há um grande movimento chamado de *Madres de la Plaza de Mayo*, em português Mães da Praça de Maio, que consiste na reunião de mães e avós que tiveram seus filhos e netos desaparecidos durante a ditadura. O movimento surgiu por volta de 1977, quando essas mulheres decidiram encontrar-se para buscar informações sobre seus filhos desaparecidos em locais como hospitais, igrejas e instituições estatais. Até hoje, protestam contra os desaparecimentos, prestando uma bela homenagem a seus entes que partiram de maneira tão cruel.

Tendo em vista essas situações, constata-se que o Direito Penal e o sistema punitivo dos países mencionados foram utilizados para violar direitos humanos e atuar fora dos limites da legalidade.

4.3 A similaridade quanto às violações aos direitos humanos

Ao longo de sua obra, Zaffaroni demonstra alguns aspectos dos sistemas penais e penitenciários da América Latina que demonstram sua crueldade, mesmo no século XXI. Dentre os fatos mencionados, o autor elenca: “(...) sequestros, homicídios, torturas e

corrupção cometidos por agências executivas do sistema penal ou por seus funcionários” (Zaffaroni, 2010, p. 29). Portanto, atentando-se exclusivamente às violações aos Direitos Humanos nesses locais – algo que representa uma gravíssima violação à legalidade –, mesmo após o fim dos períodos ditatoriais anteriormente citados, cabe ao artigo apontar brevemente a situação do sistema punitivo contemporâneo nesses países para que seja explicitado um dos motivos pelo qual as penas não podem ser consideradas uma forma de ressocialização e reinserção do indivíduo a sociedade.

Por se tratar de um tema obscuro, muitas vezes abafado pelo próprio Estado, que deixa os presídios abandonados em termos de assistência e fiscalização, o tema da tortura dentro desses locais não é comumente veiculado em notícias e nem amplamente discutido pelos penalistas e profissionais do Direito. Sendo assim, os dados sobre essas violações são escassos e isso beneficia a impunidade das pessoas que as praticam, além de impedir que políticas públicas sobre essa matéria sejam criadas. Nesses termos, um projeto desenvolvido pela Faculdade de Psicologia da UFMG, chamado Culthis: Cultura, Trabalho e História, destinado ao atendimento de familiares, presos e sobreviventes do sistema penal – a palavra egresso entra em desuso nesse contexto, já que o cárcere em si já é uma espécie de tortura –, criou um *site* denominado “Plataforma Desencarcera!” que recebe denúncias anônimas sobre violações em unidades prisionais do estado de Minas Gerais, sendo algumas delas sobre casos de tortura contra o preso. Um exemplo de denúncia feita na plataforma é a denúncia de número 3336, que relata uma ocorrência dentro do Presídio Antônio Dutra Ladeira. Segue o relato:

Dia 21/10 no último sábado presenciei o coordenador [...] agredido (*sic*) um preso dentro de uma sala e o preso bateu a cabeça na parede e desmaiou, os agentes perceberam que várias visitas estavam passando e fecharam a porta. Mais tarde eles saíram com o preso para o hospital, esse coordenador já foi afastado diversas vezes e ninguém faz nada a respeito. (Denúncia..., 2023)

Em suma, a ausência de informações sobre a quantidade de casos de tortura no Brasil dificulta ainda mais a pesquisa em relação aos países da América do Sul ou da América Latina. Entretanto, isso não significa que tais eventos não ocorram na pluralidade dos países periféricos. No ano de 2013, o Brasil participou da Primeira Jornada sobre Prevenção da Tortura no Cone Sul, ocorrida na cidade de Buenos Aires. Nessa reunião, diversos países e organizações internacionais de Direitos Humanos fizeram suas exposições a respeito do tema

da tortura, que é latente nos países latino-americanos. A Argentina foi o país que mais teve críticas em relação a esse cenário. Assim, denunciou que a presença desse tipo de violação ocorre, sobretudo, pelo descaso da justiça e do Ministério Público para fiscalizar e punir essas atitudes.

É importante ressaltar que a Constituição Federal Brasileira de 1988, chamada de Constituição Cidadã, pelo seu viés progressista e contrário ao regime ditatorial que anteriormente acometeu o país, veda em seu Art. 5º, III a prática de tortura e tratamentos desumanos. A constatação da existência de tortura dentro das unidades prisionais sem a devida responsabilização de seus autores e assistência ao indivíduo, somadas a outros fatores que tornam a vivência nos presídios insuportável demonstram que há uma clara violação à legalidade, como afirma Zaffaroni. Além disso, não é apenas uma mera violação a uma lei comum do ordenamento jurídico, mas a uma disposição da Carta Magna do país, que está situada em um grau hierárquico superior às demais leis, já que essas devem se derivar dos preceitos e princípios constitucionais. Portanto, trata-se de inconstitucionalidade no Brasil e de ilegalidade nos demais países signatários de tratados internacionais de vedação à tortura.

Além dessas violações, cabe ressaltar que os sistemas penitenciários dos países latino-americanos são, em sua grande maioria, superlotados e insalubres, algo que afeta ainda mais a vida dos encarcerados, que são tratados de forma desumana pela sociedade e pelo Estado. Uma pesquisa feita por Daniele Maria Pelissari para tese de doutorado da Universidade de São Paulo (USP) foi divulgada no Jornal da universidade e demonstra como as condições degradantes dos ambientes prisionais podem causar problemas de saúde aos detentos. Em seu trabalho, a pesquisadora averiguou que, dentre os casos de tuberculose registrados na atualidade, cerca de 77 mil por ano, aproximadamente 11% acontecem nas unidades prisionais. Nessa tese, descobriu-se que a relação entre a alta disseminação da doença e os presídios ocorre justamente por sua superlotação, além da grande incidência de doenças imunossupressoras entre os detentos e o alto uso de drogas. Sendo assim, pode-se afirmar que o problema dos sistemas penais das periferias não é apenas um dilema jurídico-penal, mas que envolve diversas outras áreas, como a saúde pública.

Após essa breve exposição de problemas relativos ao cárcere nos países da América Latina, sobretudo no Brasil, país onde é feito o presente trabalho, constata-se uma similaridade nas experiências vividas nos países periféricos, que são resultado de uma

formação histórica e cultural semelhante que envolve a dominação dos países do centro. Esses três fatores apontados no presente tópico e nos dois tópicos anteriores são um dos motivos pelos quais o professor David entende que há a possibilidade de criação de teorias universais tendo como gênese o Sul, no caso a América Latina, frente à grande problemática dos sistemas punitivos vigentes que, como já visto, também são ilegítimos na grande maioria dos países do Norte. Em paralelo, Zaffaroni entende que a história dos países do Sul é peculiar e única, algo que o impulsiona a criar uma teoria a partir da visão marginal.

5. AS ALTERNATIVAS À DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

A visão de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre o Direito Penal e suas penas serem deslegitimadas parte de uma análise extensa de seus pressupostos e das teorias que o justificam. Partindo desse princípio, o autor analisa conceitos como o da própria pena, que tentam revelar sua importância para a sociedade, mas que acabam sendo muito falaciosos, uma vez que a pena é, na verdade, sinônimo de poder. Em suas palavras: “A pena, ao contrário, como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder” (Zaffaroni, 2010, p. 204).

Ademais, Zaffaroni analisa toda a teoria do delito, também chamada de teoria do crime, que possui alguns preceitos fundamentais para a classificação de uma conduta como criminosa, tais como a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. O destaque central do professor é a respeito do tema da culpabilidade, isto é, se o indivíduo é punível e se sua conduta é a ele imputável, partindo de uma ideia de responsabilização do sujeito.

Entretanto, o autor problematiza a forma como esse conceito é aplicado na prática, uma vez que, na realidade, possui como base as posições sociais dos indivíduos, sendo que quanto mais vulnerável a sua posição, mais culpável ele é. Em linhas gerais, a vulnerabilidade está relacionada com o pertencimento à determinada minoria social, que condiciona o Direito Penal, tornando a pessoa automaticamente um alvo. Porém, apenas esse elemento não é o suficiente, já que o próprio indivíduo pode realizar ações que aumentem sua vulnerabilidade perante o aparato punitivo estatal. Sendo assim, devido a estereótipos e preconceitos, quem já é considerado perigoso deve agir de modo a não se vulnerabilizar cada vez mais, para que sua

culpabilidade seja minimamente diminuída. Zaffaroni cita como exemplo de vulnerabilização pelos próprios atos:

“(…) um dos casos mais evidentes de incrível vulnerabilidade alcançada após enorme esforço, realizado a partir de uma posição que já era de altíssima vulnerabilidade, foi a do martinicano assassino massivo de anciãs em Paris, que reforçou toda a prática violenta de poder em relação ao seu grupo de origem e, por extensão, contra todos os colonizados, e que conclui o reforço a esse estereótipo ao morrer de Aids na prisão”. (Zaffaroni, 2010, p. 271)

Novamente, pode-se afirmar que esses estereótipos aplicáveis ao Direito Penal e ao poder punitivo são reflexo do colonialismo exercido nos países latino-americanos e, por isso, é possível, sobretudo no Brasil, observar com tamanha clareza quem é a maioria étnica dentro dos presídios.

A partir dessas observações, Zaffaroni comenta que é impossível legitimar algo que, em todos os seus aspectos, está deslegitimado, seja pelos falsos discursos dogmáticos, seja pela aplicação violenta e mortífera do poderio estatal. Nesse sentido, sua proposta de Realismo Marginal se aproxima muito de duas correntes criadas com o mesmo intuito de modificar o funcionamento dessa estrutura, que é notoriamente injusta.

Destarte, a primeira corrente é chamada de Abolicionismo Penal. O Abolicionismo é uma teoria considerada radical pela maioria da população. Tendo isto em mente, seu objetivo é a extinção dos sistemas penais e punitivos existentes, sem que haja a criação de outro aparato semelhante, já que qualquer forma de retaliação que inflija igualmente sofrimento aos indivíduos não é válida. Já a segunda corrente, é chamada de Direito Penal Mínimo e possui como base a semelhante ideia de deslegitimação do sistema punitivo. Entretanto, ao contrário da anterior, entende que a responsabilização é um mal necessário e pretende realizar uma reforma no Direito Penal, sem que haja sua extinção.

Deste modo, a diferença entre ambos está no fato de o Abolicionismo Penal prever o fim do sistema penal, criando outros métodos de resolução de conflitos, evidentemente pacíficos, retirando do Estado e das classes opressoras o poder de punir os vulneráveis. Por outro lado, o Direito Penal Mínimo é reformista, pois teme que o fim da sanção penal enseje a proliferação das vinganças particulares, algo que traria desordem à sociedade como um todo (Zaffaroni, 2010, p. 103).

Levando em consideração as duas teorias, percebe-se que o Realismo Marginal elaborado por Zaffaroni se aproxima muito mais do Direito Penal Mínimo, e isso é exposto no próximo tópico.

6. REALISMO MARGINAL COMO PROPOSTA DE TEORIA CRÍTICA A PARTIR DO SUL

Considerando todas as observações feitas por Zaffaroni a respeito dos sistemas penais latino-americanos e sua brutalidade, além das constatações sobre como o discurso jurídico-penal é falacioso, tendendo legitimar algo que é insuscetível de relegitimação, desenvolve-se o chamado Realismo Marginal. A proposta dessa teoria é criar um Direito Penal que seja garantista e que tenha como base os preceitos constitucionais e os tratados internacionais de Direitos Humanos, observando, também, o grau de vulnerabilidade dos indivíduos e utilizando este dado como um limite à aplicação de pena. Nesse sentido, ao analisar essas instituições, deve-se ter como base os limites máximos que a irracionalidade de suas práticas possa alcançar, visto que, se a pena constitui algo carente de racionalidade, deve ser contida a partir dessa constatação (Zaffaroni, 2010, p. 235-236).

Deste modo, percebe-se que a teoria do Realismo Marginal do professor argentino se enquadra nos requisitos de uma teoria universalista a partir do Sul, já que Gomes cita que a periferia global vivencia situações de extrema violência e desigualdade exponencialmente maiores do que nos países do centro. Nesse sentido, o diagnóstico da realidade feito por Zaffaroni é atrelado à essas peculiaridades de países periféricos sul-americanos.

Ademais, sua inspiração e aproximação com as teorias revolucionárias do Abolicionismo e do Direito Penal Mínimo são a justificativa pela qual o professor David explica que não é correto descartar totalmente as propostas advindas do Norte, uma vez que o sistema penal é falho em todo o mundo, apesar de suas obscuridades serem muito mais evidentes no Sul global. Deste modo, mesmo possuindo inclinações quanto a essas correntes, Zaffaroni cria a própria teoria, com base em um contexto específico que, por abranger ainda mais a brutalidade do sistema punitivo, pode ser aplicado mundialmente com mais precisão.

Por fim, é importante ressaltar que o termo “marginal” foi escolhido de forma estratégica pelo professor argentino, uma vez que é polissêmico, denotando três sentidos

distintos, todos eles justificando a legitimidade da criação de uma teoria universalista a partir do Sul. Nesse sentido, ele aponta que “marginal” pode ser tanto a localização dos países sul-americanos diante dos países centrais, já que são considerados países de terceiro mundo – termo obsoleto, mas ainda muito utilizado no dia a dia – quanto o fato dessa posição demonstrar um ponto de vista totalmente diferente na relação de poder centro-periferia, uma vez que a sociedade está acostumada com uma visão norte-centrada e eurocêntrica. Finalmente, “marginal” também se refere à grande maioria da população dos países latino-americanos devido a tamanha desigualdade econômica e a existência de preconceitos que separam os indivíduos e tornam alguns deles pré-dispostos a serem penalmente punidos (Zaffaroni, 2010, p. 164-165).

CONCLUSÃO

Em suma, o presente trabalho pretendeu evidenciar a semelhança entre o pensamento do professor David F. L. Gomes e do professor Eugenio R. Zaffaroni a respeito das relações de poder evidenciadas pela sociologia entre os países do Norte e do Sul, seguido da diferenciação de como ocorrem fenômenos análogos nesses países, tal como o fenômeno do sistema punitivo e do encarceramento, que incide com maior brutalidade nos países periféricos.

Nesse contexto, a aparente diferença de desenvolvimento econômico entre as potências mundiais e os demais países do globo não é algo que afeta apenas essa esfera, mas que impacta todas as relações cotidianas de poder, sobretudo que envolvem o poder estatal. Isso ocorre pelo fato de que a formação histórico-cultural desses países se deu de forma extremamente distinta, sendo os países do Norte exploradores, enquanto os do Sul sempre explorados. A pretenciosa exploração gerou impactos tanto econômicos quanto sociais nessas sociedades, que trouxeram uma maior vulnerabilidade para os indivíduos presentes no local, além de uma crescente violência não só advinda da criminalidade, mas, sobretudo, advinda do Estado, na tentativa de punir essa criminalidade.

Sendo assim, é importante observar a diferença colonial existente entre os países e, a partir de suas peculiaridades e fenômenos próprios, é possível conceber a criação de alternativas que minimizem os impactos negativos que a desigualdade e a violência podem

O REALISMO MARGINAL NO DISCURSO JURÍDICO-PENAL COMO UMA TEORIA
UNIVERSALISTA A PARTIR DO SUL - *Maya Chaves Machado Borges*

causar na população. Desse modo, teorias como a do professor Zaffaroni são importantes para que haja uma conscientização regional que transcenda as barreiras, tornando-se global, destacando, assim, a legitimidade do contexto de gênese que parte do Sul global.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

FONDO Madres de Plaza de Mayo – Línea Fundadora. **Memoria Abierta**, Buenos Aires, [s.d.]. Disponível em: <https://indice.memoriaabierta.org.ar/fondoserie/27-fondo-madres-de-plaza-de-mayo-linea-fundadora>. Acesso em: 18 de nov. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2023.

FUNDAÇÃO CECIERJ. A conquista europeia na África e na América. *In*: FUNDAÇÃO CECIERJ. **História – Fascículo 1**. [Rio de Janeiro]: Fundação CECIERJ, 2016, p. 45-78. Disponível em: <https://canal.cecierj.edu.br/recurso/15866>. Acesso em 19 de nov. 2023.

GOMES, D. F. L. A Escola de Frankfurt, o pensamento decolonial e suas debilidades complementares: para um universalismo a partir do Sul. *In*: GOMES, D. F. L. **Sociedade, um problema, múltiplos níveis de análise: Por um universalismo a partir do Sul**. 1ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023, p. 7-29.

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. América Latina em transe. **Memórias da ditadura**, São Paulo, [2023]. Disponível em: <https://memoriasdaditadura.org.br/america-latina-em-transe/>. Acesso em: 18 de nov. 2023.

LABORATÓRIO DE ESTUDOS SOBRE TRABALHO, CÁRCERE E DIREITOS HUMANOS DA UFMG. **Plataforma Desencarcera!**, Belo Horizonte: LABTRAB - UFMG, [2018]. Disponível em: <https://desencarcera.com/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MAIA, F. J. F.; FARIAS, M. H. V. de. Colonialidade do poder: a formação do eurocentrismo como padrão de poder mundial por meio da colonização da América. **Interações**, Campo Grande, v. 21, n. 3, p. 577–596, jul./set. 2020. DOI 10.20435/inter.v21i3.2300. Disponível

em: <https://interacoesucdb.emnuvens.com.br/interacoes/article/view/2300>. Acesso em: 19 de nov. 2023.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Mortos e desaparecidos: Contextualização. **Comissão da Verdade da PUC-SP**, São Paulo, [2017]. Disponível em: <https://www.pucsp.br/comissaodaverdade/mortos-e-desaparecidos-contextualizacao.html#:~:text=Ainda%20conforme%20levantamento%20feito%20pela,434%20militantes%20mortos%20e%20desaparecidos>. Acesso em: 18 de nov. 2023.

SANTOS, V. C. Ditaduras Militares na América do Sul (1964-1985). **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, v. 01, n. 88, ago. 2016. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/ditaduras-militares-na-america-do-sul-1964-1985>. Acesso em: 18 de nov. 2023.

SUPERLOTAÇÃO em presídios é o principal fator de disseminação de tuberculose. **Jornal da USP**, [São Paulo], 22 out. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=364688>. Acesso em: 20 de nov. 2023.

TONIAL, F. A. L.; MAHEIRIE, K.; GARCIA JR, C. A. S. A resistência à colonialidade: definições e fronteiras. **Rev. Psicol. UNESP**, Assis, v. 16, n. 1, p. 18-26, jun. 2017. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-90442017000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 19 de nov. 2023.

VASCONCELLOS, J. Inoperância do judiciário favorece a tortura no Cone Sul, atesta Declaração de Buenos Aires. **Conselho Nacional de Justiça**, [Brasília], 21 ago. 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inoperancia-do-judiciario-favorece-a-tortura-no-cone-sul-atesta-declaracao-de-buenos-aires/>. Acesso em: 20 de nov. 2023.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.