

## **A RELATIVIZAÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ENCARCERAMENTO NO BRASIL: O VÉU DO INDIVIDUALISMO E O DISTANCIAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*HERMENEUTIC RELATIVIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND INCARCERATION IN BRAZIL: THE VEIL OF INDIVIDUALISM AND THE DISTANCING OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW*

**José Carlos Kraemer Bortoloti<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

A emergência do Estado Democrático (e Social) de Direito no Brasil está fadada a um modelo liberal-individualista, e que maneja o discurso da efetivação dos Direitos Fundamentais. A criminalização da pobreza cri(a)ou cidadãos de "segunda classe" ou de "dimensão paralela" à concretização dos Direitos Fundamentais tal qual indicada em 1988, ao custo da relativização desses direitos. A crise de sentido(s) inserida na efetivação de Direitos Fundamentais, abalizada pelo individualismo exacerbado realizado desde os primórdios brasileiros, leva (quer levar) a equivocada percepção de que o isolamento do cidadão em regime carcerário por si só basta para a gestão do Estado Democrático de Direito. A partir do engendramento da fenomenologia hermenêutica, fomenta-se com o presente texto o indispensável desvelar da relativização dos Direitos Fundamentais a partir da produção de sentido(s) para a realização de uma Democracia de cunho Constitucional (leia-se, de respeito à Constituição), analisando o encarceramento no Brasil como relativização dos Direitos Fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica. Direitos Fundamentais. Individualismo. Encarceramento.

### **ABSTRACT**

The emergence of the Democratic (and Social) State of Law in Brazil is doomed to a liberal-individualist model, and which governs the discourse of the realization of Fundamental Rights. Criminalization of poverty or citizens of "second class" or "parallel dimension" to the realization of Fundamental Rights as indicated in 1988, at the cost of relativization of these rights. The crisis of meaning (s) inserted in the realization of Fundamental Rights, underpinned by the exacerbated individualism carried out since the Brazilian beginnings, leads (or leads to) the mistaken perception that the isolation of the citizen in prison regime alone is sufficient for the management of Democratic State of Law. From the genesis of hermeneutic phenomenology, the present text is prompted to unveil the relativization of Fundamental Rights from the production of meaning (s) for the

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UNESA/RS, Brasil), com período de Doutorado Sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal; Mestre em Direito. E-mail: [jose.bortoloti@imed.edu.br](mailto:jose.bortoloti@imed.edu.br)

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

realization of a Constitutional Democracy (read, with respect to the Constitution), analyzing the incarceration in Brazil as a relativization of Fundamental Rights.

**KEYWORDS:** Hermeneutics. Fundamental Rights. Individualism. Incarceration.

## **1 À GUIZA DE UM ATILAMENTO INICIAL: SUPERAR A CRISE DE SENTIDO(S)<sup>2</sup> PARA A EMERGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO (E SOCIAL) DE DIREITO**

A representação simplificada reservada ao Direito à brasileira, como experimento de instituir um Direito flexível a propósitos específicos, nutrido pelo modelo liberal-individualista, cuja submissão se confirma por uma pandemia legislativa, e que na dogmática jurídica e no senso comum teórico dos juristas (Warat) aufer(e)iu alento, molda-se como uma Torre de Babel<sup>3</sup>a qual acredita que “todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça”<sup>4</sup>.

Pior, é que o *des*-envolvimento do Direito brasileiro contemporâneo maneja para confirmar que os “processos de interpretação da lei efetuariam sempre no interior das próprias normas positivas dos Estados, não precisariam os intérpretes sair deste universo discursivo”<sup>5</sup>. E de fato, a confusa “Torre” persiste sendo edificada

---

<sup>2</sup> “É por isso que perguntar Que significa pensar? nos convoca para aquilo que nos dá o que pensar e que é, justamente, a recíproca pertença do ser que deve ser pensado e do homem que pensa. É por isso que, no pensar, impera sempre já um agradecer (*Danken*) pelo dom de ser que, como o pensar, salva nossa própria essência. É não objetivando que esse pensar responde ao ser. Mas esse responder nunca é uma contrapartida do homem, mas um deixar-ser e um deixar-acontecer”. STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: Filosofia e conhecimento empírico. Coleção Filosofia, n. 2. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, p. 147.

<sup>3</sup> Em **A Rua Grita Dionísio...** o saudoso Warat faz a narrativa da tradição bíblica da Torre de Babel, relatando que o projeto onipotente seria tão astucioso que poderia tocar o céu com a mão. Da onipotência (*envaidecimento*) do projeto, Deus castigou a soberba introduzindo a diversidade e a diferença de línguas. A consequência do castigo é que diante de tantos discursos distintos os homens não se entenderam, ficando impossibilitados de continuar a onipotente construção. Óbvio (humano demasiado humano), a tentação continuou e para que fosse possível a continuidade da construção e a astúcia de tocar a mão de Deus, tais homens buscaram a criação de uma língua única, uma linguagem universal, e o conseqüente pensamento único. WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-48.

<sup>4</sup> WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

<sup>5</sup> WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia, 2010, p. 4.

e a “mão do Grande Arquiteto” permanece como fiel desígnio. Afinal, o Direito vem sendo empregado para sancionar exclusivamente o adágio único, a “palavra verdadeira, infinita e sem esperança”<sup>6</sup> para a ampla gama dos brasileiros que ficam à “graça” do individualismo arraigado em terras brasileiras.

É necessário averiguar uma representação do velamento histórico no Direito brasileiro, reduzindo (para controle próprio) o “*teto hermenêutico*”, justamente por ser refém de uma linguagem meramente lógico-racional e ou lógico-instrumental. Para Streck, “aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso *apofântico*, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico*”, e a partir do *hermenêutico*, conforme Stein, uma provocação passível de alteração da “postura acrítica com a utilização de afirmações do universo das ciências humanas”<sup>8</sup>. E, nesse sentido, a hermenêutica é necessária para a superação da crise de sentido(s) e a emergência do Estado Democrático (e Social) de Direito, assim como o quadro preocupante de um Direito brasileiro (*des*)orientado por uma racionalidade (meramente) instrumental.

Para tanto, imperativo desvelar o que se anseia arquitetar justificando que as conjunturas em que a hermenêutica se insere “se desenvolvem numa dupla perspectiva. Há uma perspectiva teórica que procura descrever como o processo de *interpretação e compreensão* acontece”<sup>9</sup>, por outro lado, “há também uma perspectiva prescritiva (prática) na medida em que essa descrição visa a atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que torne possível reduzir os erros e mal-entendidos que possam surgir da leitura dos textos”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia, 2010, p. 1.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41.

<sup>8</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 50-51.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 262.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 2014, p. 262.

A hermenêutica como *interpretação* e *compreensão* visa romper “o sentido comum teórico, que é uma manifestação inautêntica do *ser* do Direito, uma vez que provoca o ocultamento/velamento”<sup>11</sup>. Justamente o *desvelamento* é que figura como necessário no processo hermenêutico, principalmente no que tange a busca de perspectivas por uma compreensão voltada às características da relação sujeito-objeto (inicial), mas com o propósito imprescindível da *interpretação* e *compreensão* da relação sujeito-sujeito, partindo-se, primeiramente, para a construção de uma consciência em relação ao desenvolvimento e à compreensão da tradição para a recepção de uma nova (para a *praxe* brasileira) forma interpretativa<sup>12</sup>.

Nesse *viés*, traz-se ao fomento teórico duas características fundamentais para um o processo hermenêutico sofisticado e adequado à realidade brasileira: a linguagem, partindo-se das premissas heideggerianas de que “a *linguagem* é a *casa do ser*”<sup>13</sup> e o pensar, “o *pensar* é, ao mesmo tempo, *pensar do ser na medida em que o pensar, pertencendo ao ser, escuta o ser*”<sup>14</sup>. Wittgenstein em suas *Investigações Filosóficas* confirma: “quando penso na linguagem não me pairam no espírito ‘significações’ ao lado da expressão linguística; mas a própria linguagem é o veículo do pensamento”<sup>15</sup>. A relação entre o *pensar*<sup>16</sup> e a *linguagem* faz parte de um âmbito extremamente complexo e sofisticado no qual se insere a problemática do esquecimento/velamento do *ser*, visto que o pensar “não é apenas *l’engagement dans l’action*”<sup>17</sup> em favor e por meio do ente, no sentido do

<sup>11</sup> STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 186.

<sup>12</sup> “O esforço constante de lidar com o fenômeno da compreensão naquilo em que ele ultrapassa a mera interpretação textual, dá à hermenêutica um significado potencialmente lato no que se refere a todas as disciplinas habitualmente designadas por humanidades. [...] os seus princípios (hermenêutica) aplicam-se não só a obras escritas, mas também a quaisquer obras de arte. [...] é fundamental em todas as disciplinas que se ocupam com a interpretação das obras do homem”. PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 22.

<sup>13</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Carta a Jean Beaufret, Paris. Conferências e escritos filosóficos. Tradução e notas de Ernildo Stein. 4. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 347.

<sup>14</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Carta a Jean Beaufret, 1991. p. 348.

<sup>15</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução José Carlos Bruni. 5. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 111.

<sup>16</sup> Conforme Gadamer: “O pensamento sempre está em verdade em aliança com a língua realmente falada”. GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (org.). **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 39.

<sup>17</sup> “*l’engagement dans l’action*” – O engajamento na ação. (Trad. Do Autor)

efetivamente real da situação presente”, mas, o pensar é “*l’engagement* por meio e em favor da verdade do ser”<sup>18</sup>.

A condução à essência do pensar é que possibilita o retorno ao engajamento sobre o ser, ou melhor, “o pensar é o pensar do ser”<sup>19</sup>. Dessa forma, tem-se a concepção da importância do pensar no processo que busca retroagir o esquecimento do ser, de outra forma, retroagir ao *não-pensar*, assim como Stein aduz: “O mais estranho (digno de ser pensado) é que ainda não sabemos o que significa pensar”<sup>20</sup>. Logo, não se tem condição sobre a compreensão do *ser*, passando-se – na maioria das vezes – à *entização* do *ser*, como exemplo, a relativização dos Direitos Fundamentais indicada a aqui<sup>21</sup>.

A linguagem carece já ser implantada no interior do *ser*, a linguagem é o sentido do *ser*, a forma com que o *ser* se manifesta e se expressa. Wittgenstein examina se o pensar é uma espécie de falar, “dir-se-ia que é aquilo que diferencia o falar pensante do falar sem pensamentos”<sup>22</sup>. Afirma que só se pode dizer algo se aprendermos a falar, “quem quer, pois, dizer alguma coisa deve ter aprendido a dominar uma língua; e é claro que, ao querer falar, não precisa falar, como ao querer dançar, não dança”<sup>23</sup>. A peculiaridade do pensar necessita ser disseminada por meio da linguagem a qual não se exaure em seu sentido,

A essência da linguagem não se esgota na significação, nem é ela apenas algo que se apresenta como sinal e cifra. Porque a linguagem é a casa do ser e nós atingimos os entes passando constantemente por esta casa. Quando vamos ao

<sup>18</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Carta a Jean Beaufret, 1991. p 347-356.

<sup>19</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Carta a Jean Beaufret, 1991. p. 348.

<sup>20</sup> STEIN. **Pensar é pensar a diferença**: Filosofia e conhecimento empírico. Coleção Filosofia, n. 2. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 11.

<sup>21</sup> Em relação ao âmbito problemático do pensar, em específico sobre o raciocínio, Nietzsche argumenta que os homens obtiveram seu maior progresso quando apreenderam a raciocinar corretamente: “Não é um coisa tão natural como pensa Schopenhauer quando diz: ‘Todos são capazes de raciocinar, poucos de julgar’. Pelo contrário, isso se aprendeu tarde ainda agora não conseguiu ser dominante. Nos tempos antigos, o raciocínio falso é a regra e as mitologias de todos os povos, sua magia e sua superstição, seu culto religioso, seu direito, são inesgotáveis jazidas de provas em apoio a esta tese”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano**. 2. ed. Trad. Antonio Carlos Braga. Coleção Grande Obras do Pensamento Universal nº. 42. São Paulo: Editora Escala, 2007, p. 193.

<sup>22</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**, 1991. p. 111-113.

<sup>23</sup> O autor enfatiza: “Mas sei por mim mesmo o que significa ‘falar consigo mesmo’. E se me fosse roubado o órgão que me permite falar alto, ainda assim poderia falar comigo mesmo”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**, 1991, p. 115.

poço, quando percorremos uma floresta, já sempre estamos passado pela palavra 'poço' e pela palavra 'floresta', mesmo quando não pronunciamos estas palavras nem pensamos em algo que se refere à linguagem<sup>24</sup>.

A linguagem é o instrumento pelo qual o *Dasein*<sup>25</sup> chega ao *status* de que "nós não apenas somos, mas percebemos que somos"<sup>26</sup>, assim, "a existência humana tal como a conhecemos implica sempre a linguagem e, assim, qualquer teoria sobre interpretação humana tem que lidar com o fenômeno da linguagem<sup>27</sup>. O pensar e a linguagem são instrumentos vinculados no processo de compreensão.

O princípio dessa reconstrução (reconstrução do pensamento) é o *círculo hermenêutico*, isto é, o processo pelo qual o todo fornece o sentido às partes e vice-versa. Em uma frase, por exemplo, compreende-se o sentido de uma palavra na medida em que compreendemos o sentido das palavras. O mesmo se aplica a um conceito com relação a seu contexto ou horizonte: o horizonte é constituído pelos elementos aos quais ele empresta um sentido. **A compreensão é então circular porque é nesse círculo que surge o sentido**<sup>28</sup>.

Ao se averiguar as *pré*-compreensões e *pré*-conceitos, principalmente ao se buscar a compreensão de estruturas contemporâneas (e se são contemporâneas são históricas, daí a importância da tradição), importante frisar que "a hermenêutica é o método universal das ciências históricas", sendo que as "ciências humanas contribuem para a compreensão que o homem tem de si mesmo"<sup>29</sup> e essas

---

<sup>24</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001, p. 222, grifo nosso.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio. Heidegger, Martin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 428-429, explica que "Heidegger descreve o *Dasein* não como objeto, mas como modo prático de ser-no-mundo, todas as características do *Dasein* passarão a estar ligadas a esse modo de ser, que é existencial. Esse modo de ser é existencial. Compreender é, pois, um existencial [...] o cuidado – que é também um existencial – é o ser do *Dasein*, assim como a temporalidade será o sentido do *Dasein* [...] daí a noção de *Dasein*, ente privilegiado que compreende o ser".

<sup>26</sup> STRECK, Lenio. Heidegger, Martin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**, 2006, p. 428.

<sup>27</sup> PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 20.

<sup>28</sup> ALBERTI, Verena. **A existência na história**: revelações e riscos da hermenêutica. Revista de Estudos Históricos, n. 17, 1996, p. 7, grifo nosso.

<sup>29</sup> GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (org.). **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. P. 12.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

compreensões são antecipadas por *pré*-compreensões e *pré*-conceitos, figurando como forma inicial para o processo de compreensão geral.

Algo essencialmente novo aqui se evidencia: o papel positivo da determinação pela tradição (*Traditionsbestimmtheit*), que o conhecimento histórico e a epistemologia das ciências humanas compartilham com a natureza fundamental da existência humana. É verdade que os preconceitos que nos dominam frequentemente comprometem uma prévia compreensão de si, que é neste sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido<sup>30</sup>.

Gadamer, em *Verdade e Método*, (lembrando-se da advertência de Streck: “ler Verdade contra o método”) a compreensão é seguida pela *pré*compreensão e pelo *pré*conceito, do oposto não seria admissível o próprio entendimento da existência humana. Heidegger “faz da compreensão um ‘existencial’ na constituição ontológica do *Dasein*, inserindo-se entre as estruturas constitutivas do *Dasein* como ser-no-mundo”<sup>31</sup>. Heidegger advém à compreensão como cerne da apreciação do *Dasein* “não como um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser do próprio estar-aí”<sup>32</sup>.

E para interpretar, necessitamos compreender. **Para compreender, temos que ter uma *pré*-compreensão** (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessita(ria)mos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsich*) e a concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) dos ‘sistema’. É a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação, p. ex.)<sup>33</sup>.

A relação entre os intérpretes, ou melhor, as perspectivas de cada interpretação, se refere justamente em que a compreensão envolve *pré*-compreensões,

---

<sup>30</sup> GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (org.). **O problema da consciência histórica**, 2006. p. 12.

<sup>31</sup> TESTA, Edimarcio. **Hermenêutica filosófica e história**. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 48.

<sup>32</sup> GADAMER, Hans G. **Verdad y metodo**. 2. ed. Vol. 01. Salamanca: EdicionesSígueme, 1984, p. 12.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito, 2002, p. 169.

lembrando a reflexão gadameriana de que o "círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlicherfüllt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*)"<sup>34</sup> e para tanto a compreensão "implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos"<sup>35</sup>.

No diálogo proposto com o presente texto, as *pré*compreensões são os elementos para interligar a efetivação e manutenção dos Direitos Fundamentais ao âmbito complexo em que o encarceramento no Brasil foi colocado, quase como uma dimensão a parte da proteção dos Direitos Fundamentais. A tradição motivada ao intérprete (ou que o intérprete se motiva) do Direito no Brasil é justamente a Torre de Babel onipotente (Warat). A Babel dos Direitos Fundamentais, especificamente aqui do encarceramento, destina-se a servir ao patrimonialismo-individualista. A "mão de Deus" foi (é) buscada a partir de um "modelo" interpretativo do Direito que não permite (não quer permitir) uma linguagem que não seja única, universal, sendo apofântica de origem e perspectiva. Pior, não só demonstra como se chegou (e uma gama de juristas ferrenhamente defende), a um Direito que só "enxerga", em sua cegueira hermenêutica, o esquema sujeito-objeto do encarceramento. Assim, não compreende a problemática (necessidade de) da superação desse esquema para sujeito-sujeito, e que cria uma dimensão paralela de (in)efetivação e discussão dos Direitos Fundamentais envolvidos, e uma ausência de sentido(s) na compreensão do encarceramento e do próprio Direito Penal (meramente punitivo) no Brasil.

Pensando-se em uma viragem hermenêutica em terras brasileiras, interpretar e compreender que o Direito não pode (e nunca pode) ficar imune as transformações, confirmando como perspectiva o que Streck indica como imprescindível: "se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a

---

<sup>34</sup> GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (org.). **O problema da consciência histórica**, 2006. p. 13.

<sup>35</sup> GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (org.). **O problema da consciência histórica**, 2006. p. 13.



intersubjetividade que se instaura com o giro linguístico-ontológico exige que, no interior da própria linguagem, se faça o controle hermenêutico<sup>36</sup>. Assim, a viragem necessária para o Direito brasileiro, especialmente, aqui, para o esquecimento dos Direitos Fundamentais quando acontece o encarceramento, é dar conta de, primeiro interpretar e compreender a relação sujeito-sujeito e a consequente atenção ao fato de que a relação sujeito-objeto atual somente dá conta da perpetuação da disfuncionalidade do Direito e da constante violação de Direitos Fundamentais ou mesmo quando se insere a efetivação dos referidos Direitos em um contexto vazio de sentido(s).

## **2 O VÉU DO INDIVIDUALISMO E A (NÃO) PRODUÇÃO DE SENTIDO(S)**

O individualismo como *ser* em excesso só cogita a probabilidade da fração do *Eu* enquanto realidade e condicionando o *Eu* ao *Mesmo de si*, onde a experiência e a realidade do mundo só se compartilham com o indivíduo em excentricidade. Nessa medida, o *Outro*, ou a sua percepção, é uma abstração, devaneio esse que cria invisibilidade, ou seja, o *Outro* esboça apenas no imaginário afastado da necessidade para o *Eu* ou do conflito interindividual que é perpetuado pelo *Eu* não conseguir reconhecer o *Outro* no conflito.

O individualismo é relatado por Tocqueville<sup>37</sup> referindo-se como “um amor apaixonado e exagerado, que leva o homem a referir tudo a si mesmo e a se preferir a tudo o mais”. O autor indica o individualismo como egoísmo procedente de um cometimento cego a partir do isolamento do (para o) *Outro*, como resultado, o público não consegue ser o espaço comum, o espaço das realizações humanas enquanto intersubjetivas.

O público, na indicação de Corrêa, “diz respeito às condições externas, comuns a todas as pessoas, e que permitem a efetivação da trajetória de cada ser humano, respeitadas as diferenças e as especificidades constitutivas da personalidade

---

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

<sup>37</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões – de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. Volume II. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 132, grifo nosso.

individualizada”<sup>38</sup>. Em função do individualismo exacerbado, o público acaba fadado ao lugar da insegurança das vidas individualizadas que não vivem em (para o) comum, conforme argumenta Tocqueville,

o individualismo é um sentimento refletido e tranquilo, que dispõe cada cidadão a se isolar da massa de seus semelhantes e a se retirar isoladamente com sua família e seus amigos; de tal modo que, depois de ter criado assim uma pequena sociedade para seu uso, abandona de bom grado a grande sociedade a si mesma [...] O egoísmo nasce de um instinto cego; o individualismo procede muito mais de um juízo errôneo do que de um sentimento depravado. Nasce tanto dos defeitos do espírito quanto dos vícios do coração. **O egoísmo resseca o germe de todas as virtudes, o individualismo esgota, a princípio, a fonte das virtudes públicas; mas, com o tempo, ataca e destrói todas as outras e termina se absorvendo no egoísmo.** O egoísmo é um vício tão antigo quanto o mundo. Não pertence mais a uma forma de sociedade do que a outra<sup>39</sup>.

Do retraimento dos semelhantes de Tocqueville<sup>40</sup> o individualismo como o todo do *Eu* enquanto realidade do *Eu* ao *Mesmo de si*, onde a experiência e a realidade do mundo só se comunicam com o indivíduo em excentricidade, o ser solipsista (somente-*Eu*)<sup>41</sup> toma lugar para a agudeza da experiência estar ligada apenas a sua individualidade, ocasionando que o solipsismo, como fundamenta Wittgenstein, “levado às últimas consequências, coincide com o realismo puro. O eu do solipsismo reduz-se a um ponto sem extensão, a realidade permanecendo coordenada a ele”<sup>42</sup>. Não se trata anular a individualidade ou a percepção das experiências do *Eu* no mundo, ou mesmo, a verdade dessas percepções, mas de

---

<sup>38</sup> CORRÊA, Darcísio. *Estado, cidadania e espaço público: as contradições da trajetória humana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 27. Ver também CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

<sup>39</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões – de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Volume II. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 132.

<sup>40</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões – de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos, 2009. p. 132.

<sup>41</sup> O termo tem origem no latim: *solus* que significa “só”, e *ipse* que designa “eu”.

<sup>42</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação de José A. Giannotti. Série 1. Filosofia. Volume 10. São Paulo: Cia. Editorial Nacional, 1968, p. 112.

como o *Eu* solipsista limita a imagem do mundo a um círculo fechado e restrito sem condições de transcendência do ser, pois atrelado apenas ao *meu* mundo.

Esta observação dá a chave para decidir da questão: até onde o solipsismo é uma verdade. O que o solipsismo nomeadamente *acha* é inteiramente correto, mas isto se mostra em vez de deixar se *dizer*. Que o mundo é o *meu* mundo, isto se mostra porque os limites *da* linguagem (da linguagem que somente eu compreendo) denotam os limites de *meu* mundo<sup>43</sup>.

O *meu* mundo enquanto impossibilidade de transcendência do *ser* perde a alteridade, afinal, o *Outro* quando se revela como *ser- apenas* deixa a imagem do *Outro* para adentrar ao solipsismo. Na compreensão de Lévinas, "a filosofia foi desde sempre atingida por um horror ao Outro que continua a ser Outro por uma alergia insuperável"<sup>44</sup>.

A realização-imagem exacerbada do *Eu* constitui condições de alteridade apenas na imanência do próximo enquanto *perto-de-mim*, daquilo faz parte do *meu* mundo, naquilo que Lévinas chama de "ver as possibilidade do outro com as minhas próprias possibilidades, de poder sair do fechamento da minha identidade e do que me foi concedido para algo que não me foi concedido, apesar de tudo, é *meu-eis* a paternidade"<sup>45</sup>. O questionamento é que Lévinas entende a responsabilidade "como responsabilidade por outrem, portanto como responsabilidade por aquilo que não fui eu que fiz, ou não me diz respeito"<sup>46</sup>.

E nesta arena solipsista de afastamento do *Outro*, a efetivação de Direitos Fundamentais acaba por ser um objetivo distante de realização, perdido em meio ao mito da lei moderna que a partir da positivação cria direitos santificados e com o imperativo apenas do-ao indivíduo solipsista. Como indicativo para quebra do paradigma solipsista, Barretto<sup>47</sup>, considerando a dignidade da pessoa humana em

---

<sup>43</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**, 1968, p. 111.

<sup>44</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Descobrir a Existência com Husserl e Heidegger**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1967, p. 229.

<sup>45</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Lisboa: Ed. 70, 1982, p. 62.

<sup>46</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Lisboa: Ed. 70, 1982, p. 62.

<sup>47</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **Ética e direitos humanos: aporias preliminares**. In: TORRES, Ricardo Lobo (et. al.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 521.

sua manutenção e como núcleo estruturante dos direitos humanos fundamentais, direitos esses que afirmam as múltiplas grandezas da vida humana, problematiza que “os direitos daí decorrentes somente se materializam no quadro da sociedade quando se supera a ideia, peculiar ao liberalismo individualista, de que esses direitos dizem respeito única e exclusivamente aos direitos individuais”. O indivíduo, assim, não é (somente) o *ser* perdido em próprio mundo, pobre vitimado pelo próprio egoísmo, mas a emanção do *ser* em solipsismo, que embriagado pela sua soberba e vaidade, somente enxerga os caminhos do *Eu* e despreza o *Outro* em alteridade.

Warat<sup>48</sup> registra a preocupação sobre a diferença em tentar compreender o mundo em termos de existência ou de coexistência. Em um contexto de falsas certezas, o que acaba prevalecendo é a afirmação freudiana de que “normalmente nada nos é mais seguro do que o sentimento de nós mesmos, de nosso *Eu*”<sup>49</sup>, e que a autobusca pelo “super” indivíduo egocêntrico leva a ousadia de esquecer a abundância do mundo humano e de sua existência psíquica<sup>50</sup> e o mundo da vida.

### **3 A RELATIVIZAÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ENCARCERAMENTO NO BRASIL**

Passados 31 anos de 1988, a indicação de uma crise de sentido(s) leva à necessária constatação de que a cidadania e o Direito no Brasil foram bem domesticados. Adestramento esse que confirma à consideração feita por Streck no registro dos vinte anos da Constituição de 1988 e que demonstra (ainda em 2019) que a emergência do Estado Democrático (e Social) de Direito está fadada (e muito) a um modelo liberal-individualista-patrimonialista, e que manipula o discurso da efetivação dos Direitos Fundamentais.

---

<sup>48</sup> WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 112.

<sup>49</sup> FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização.** Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 09.

<sup>50</sup> FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização,** 2011, p. 07.

O problema (um dos) está em que o discurso de efetivação dos Direitos Fundamentais vela que ainda está atrelado “a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual”<sup>51</sup>. O registro de Streck parte da indicação “de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*”<sup>52</sup>, e, em consequência, de como existe em terras brasileiras a relativização no discurso vazio de sentido(s) da efetivação dos Direitos Fundamentais. Alerta Streck que “não podemos pensar que é possível alterar o foco do direito penal se continuarmos pensando que os bens jurídicos que devem ser protegidos são os de feição meramente individual”<sup>53</sup>. Sarlet enfatiza a crise de sentido(s) na efetivação dos Direitos Fundamentais e elenca como as políticas criminais adotadas no Brasil acabam por retroalimentar a criminalização.

O fato de que as políticas criminais adotadas, além de não servirem de instrumento para o combate aos efeitos nefastos do fascismo societal, acabam, de certo modo, retroalimentando e, neste sentido, estimulando os níveis de polarização na sociedade. Com efeito, como bem o demonstrou Alessandro Baratta, deixa-se de assegurar os direitos à segurança dos grupos marginalizados e “perigosos” **(em outras palavras, dos sem direitos efetivos), de tal sorte – e este aspecto convém seja destacado – que todo o segmento populacional que se encontra excluído do exercício satisfatório dos seus direitos econômicos e sociais (e, portanto, sofre uma violação contínua destes direitos) acaba sendo alçado à condição de potencial agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população (integridade corporal e propriedade), de modo que, por esta via, o Estado busca efetivar os seus deveres de proteção encarando os grupos sociais mais fracos como fatores de risco, priorizando a política criminal e negligenciando as suas obrigações no âmbito da segurança social.** Da mesma forma – e talvez por esta mesma razão – o garantismo penal

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In.: STREZ, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiga. *20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 91-116.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p. 91-116.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p. 91-116.

na sua dimensão negativa acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo, mas quem em regra, não cometidos pelos integrantes dos grupos marginalizados, bastando aqui o registro da tendencial descriminalização, entre nós, dos delitos contra a ordem tributária, de constitucionalidade questionável se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado.<sup>54</sup>

Importante manter claro que o objetivo aqui proposto não é discutir o conteúdo normativo vinculado ao Direito Penal (embora necessário), mas de como a relação de segurança sócio-jurídica<sup>55</sup>, criminalização e encarceramento levou a discursos vazios de sentido(s) para a efetivação dos Direitos Fundamentais e para a (suposta) emergência do Estado Democrático (e Social) de Direito. Provoca-se: o discurso de segurança sócio-jurídica a partir do encarceramento levou à criação da cidadania de "segunda classe" ou de "dimensão paralela" à efetivação dos Direitos Fundamentais tal qual indicada na Constituição Federal de 1988, ao custo da relativização desses direitos, posto que a "dimensão paralela" do encarceramento não contempla o rol de garantias constitucionais. Mais, existe um senso de "tranquilidade" social ao encarcerar, ou seja, a "*síndrome da realização da Justiça*", onde o indivíduo que está "seguindo o contrato social" se sente seguro ao tirar do convívio social os que "romperam" o contrato e, afinal, por terem "rompido" o contrato não carecem da guarida dos Direitos Fundamentais.

Por isso, importante seguir a linha de compreensão de Streck. O autor indica que já é "de certa forma um lugar-comum qualificar o Direito Penal (e em especial o

---

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Publicado em 12 de julho de 2005. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53), acessado em 27 de maio de 2014, grifo nosso.

<sup>55</sup> Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder. CARVALHO, 2004, p. 179-211.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Direito Penal brasileiro) como conservador ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza<sup>56</sup>, propositalmente, "afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas 'de bem?'), a pretexto de garantir a almejada 'paz social'<sup>57</sup>.

Colocando a questão em outros termos, não há como dizer que o Direito Penal "clássico" não seja mesmo refém de um paradigma liberal-individual-patrimonialista, que o colocou a serviço da proteção do patrimônio, da propriedade e, sobretudo, dos proprietários.<sup>58</sup>

E a estrutura contínua do modelo individual-patrimonialista desconsidera o rompimento da oposição entre Estado e Sociedade, sendo o Estado Democrático (e Social) de Direito o lugar comum para a emergência dos Direitos Fundamentais, nesse sentido, o Estado "passa da condição de 'inimigo' para a de 'amigo dos direitos fundamentais'"<sup>59</sup>, e diante dessa reestruturação, "é evidente que as baterias do Direito Penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional"<sup>60</sup>. Para além disso, o encarceramento resultante do modelo destoante da Constituição de 1988 deve garantir a ratificação dos Direitos Fundamentais, e nesse ponto é que se funda a abordagem do presente texto. A crise de sentido(s) inserida na efetivação de Direitos Fundamentais, marcada pelo individualismo exacerbado realizado desde os primórdios brasileiros<sup>61</sup>, leva a equivocada percepção de que o isolamento do cidadão em regime carcerário por si só basta para a gerência do Estado Democrático de Direito. Mas o que está velado (em sentido hermenêutico) é justamente a característica nefasta do individualismo, em consciência irrefletida

---

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p.93.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p. 93.

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p. 94.

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p. 94.

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Direito e controle social:** de como historicamente criminalizamos a pobreza, 2009, p. 95.

<sup>61</sup> Fundamental a leitura de FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, especificamente em seu capítulo final titulado "A viagem redonda: do patrimonialismo ao estamento", p. 819.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

(Sartre)<sup>62</sup>, que percebe no encarceramento a possibilidade de realização de seus projetos meramente individuais-patrimonialistas.

E a invisibilidade, também decorrência da ausência de um Estado Social na experiência brasileira, indica que após o encarceramento não é pertinente centrar esforços (tanto políticos quanto sociais) para que o ambiente de encarceramento seja propício e harmonizado ao Estado Democrático (e Social) de Direito. Isso facilmente se percebe pela (ausência de) atenção dada às penitenciárias no Brasil. Leia-se, para isso, atenção além da meramente analítica, mas que tenha significado material e instrumental para a retificação dos ambientes contemporâneos e que são típicos do medievo.

Salo de Carvalho contribui afirmando que “tem-se, desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de um núcleo constitucional-penal programático cujo efeito é aliar os mais diferenciados projetos políticos que, sob o manto retórico da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito”<sup>63</sup>, e que optam, na linha de compreensão do presente texto, “em realidade, pela edificação de um Estado Penal como ‘alternativa’ ao inexistente Estado Social. [...] Exigiu-se da estrutura liberal (genealógica) do direito penal algo que dificilmente terá capacidade resolutiva, projetando severos índices de ineficácia. Desde esta perspectiva, pode-se afirmar a existência de uma ‘Constituição Penal’, idealizadora/instrumentalizadora de um Estado Penal, plenamente realizada”<sup>64</sup>.

E o distanciamento do Estado Democrático de Direito (sem a passagem e concretização do Estado Social) “coloca em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais

---

<sup>62</sup> Sartre registra que “ao procurar apreender o Ego por si mesmo e como objeto direto de minha consciência, eu caio novamente no plano irrefletido e o Ego desaparece com o ato reflexivo. Daí essa impressão inquietante de incerteza que muitos filósofos se expressam colocando o Eu aquém do estado de consciência e afirmando que a consciência deve voltar sobre si mesma para perceber o Eu que está atrás dela. Não é isso: é que, por natureza, o Ego é fugido. É certo, contudo, que o Eu aparece sobre o plano irrefletido”. SARTRE, Jean-Paul. **A transcendência do Ego**: esboço de uma descrição fenomenológica. Introdução e notas de Sylvie Le Bom. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 58-59.

<sup>63</sup>CARVALHO, Salo de. **A Ferida Narcísica do Direito Penal** (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.

<sup>64</sup> CARVALHO, 2004, p. 179-211.



BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

e as instituições democráticas, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos encontra-se sob grave ameaça<sup>65</sup>, conforme Sarlet, “implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de ‘fascismo societal’. Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia<sup>66</sup>. E o distanciamento do Estado Democrático (e Social) de Direito leva a um perigoso hábito.<sup>67</sup>

O habitus, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes. [...] o habitus é um produto dos condicionamentos que tende a reproduzir a lógica objetiva dos condicionamentos, mas introduzindo neles uma transformação: é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós "reproduzamos" as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005.

<sup>66</sup> CARVALHO, 2004, p. 179-211.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. 2005.

<sup>67</sup>Fascismo social para Boaventura: “Consideremos primeiramente os riscos. Em verdade, penso que estes podem ser resumidos a um só: a emergência do fascismo social. Não quero dizer com isto um regresso ao fascismo das décadas de 1930 e 1940. Ao contrário daquele que o precedeu, o fascismo de hoje não é um regime político, mas antes um regime social e civilizacional. Em vez de sacrificar a democracia às exigências do capitalismo, ele trivializa a democracia a ponto de se tornar desnecessário, ou sequer vantajoso, sacrificá-la para promover o capitalismo. É um tipo de fascismo pluralista, produzido pela sociedade e não pelo Estado. Este comporta-se, aqui, como mera testemunha complacente, se não mesmo como culpado activo. Estamos a entrar num período em que os Estados democráticos coexistem com sociedades fascizantes. Trata-se, por conseguinte, de uma forma inaudita de fascismo. Existem, a meu ver, quatro formas principais de fascismo social. A primeira é o fascismo do apartheid social. Quero com isto significar a segregação social dos excluídos mediante a divisão das cidades em zonas selvagens e zonas civilizadas. As zonas selvagens são as zonas do estado natural hobbesiano. As zonas civilizadas são as zonas do contrato social, encontrando-se sob a ameaça permanente das zonas selvagens. Para se defenderem, as zonas civilizadas transformam-se em castelos neofeudais, enclaves fortificados característicos das novas formas de segregação urbana – cidades privadas, condomínios fechados, comunidades muradas. A segunda forma de fascismo social é o fascismo para-estatal. Tem a ver com a usurpação das prerrogativas estatais (como sejam a coerção e a regulação social) por parte de actores sociais bastante poderosos, os quais – frequentemente com a cumplicidade do próprio Estado – ora neutralizam, ora complementam o controlo social produzido pelo Estado”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In.: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, Maio-2003, p. 3-76.

<sup>68</sup> BOURDIEU, Pierre. **A Opinião Pública Não Existe**. In.: *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 89.

E a razão do *habitus* do encarceramento é questionada por Garland: “por que a prisão, instituição desprestigiada e destinada à abolição, constituiu-se em pilar aparentemente indispensável e em expansão na vida social da modernidade tardia?”<sup>69</sup> Carvalho analisa o contexto indicando que as prisões “são úteis na nova dinâmica das sociedades neoliberais”<sup>70</sup>, ou seja, “encontrar sentidos civilizados e constitucionais de segregar as populações problemáticas criadas pelas instâncias econômicas e sociais”<sup>71</sup>. E o *habitus* do encarceramento no Brasil “é reflexo dessa assustadora competência dos atores da política e da jurídica-criminal em sempre (e cada vez mais) ofender a dignidade das pessoas e em reduzir ao máximo sua condição humana”<sup>72</sup>.

E a compreensão atrelada a “forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade”, confirma um individualismo enraizado na formatação brasileira, o qual não permite que os Direitos Fundamentais tenham aspectos de efetivação que transcendam à realização de tais Direitos enquanto decorrentes exclusivamente do e para o *Eu* como *Mesmo-de-si*. E o véu do individualismo exacerbado à brasileira distancia a plena realização do Estado Democrático (e Social) de Direito, na medida em que limita os Direitos Fundamentais a interesses individuais bem determinados.

Os registros elencados no presente trabalho não tem a soberba da resolução, mas de como a partir da busca de sentido(s) para a realização do Estado Democrático (e Social) de Direito, deve-se analisar o encarceramento no Brasil como relativização dos Direitos Fundamentais, mais especificamente, quebrar a barreira da invisibilidade dos encarcerados e pela ciência da complexidade de substituição do modelo carcerário, que a condição humana dos encarcerados seja pauta para

---

<sup>69</sup>GARLAND, **The Culture of Control**: crime and social order in contemporary society. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 199.

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. In.:GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 149.

<sup>71</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**., 2010, p. 149.

<sup>72</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**., 2010, p. 163.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

a tutela dos Direitos Fundamentais e como principais “fiscais” da referida tutela, a própria sociedade<sup>73</sup>, compartilhando com Alessandro Baratta, ao afirmar que “cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos danosas las condiciones de vida enlascárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado com respecto cuando esté realmente inspirado em el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria em su conjunto”<sup>74</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme indicado no título do presente tópico, para a emergência do Estado Democrático (e Social) de Direito urge a necessidade da abertura de um espaço de manutenção dos Direitos Fundamentais dos encarcerados. E a partir das provocações elencadas no texto, o espaço deve ser pensando e provocado a partir, então, de duas grandes e complexas aberturas: 1) De que não se vive mais no medievo, logo, embora não evidente para todos, não se pode mais confirmar espaços medievais para manutenção e confirmação da condição humana; 2) O Estado e a sociedade são responsáveis solidários para que os espaços de encarceramento deem vazão para a proteção dos Direitos Fundamentais. Para isso, imprescindível o retorno de pontos específicos tratados anteriormente.

De certa forma, as duas grandes aberturas indicadas aqui estão fechadas naquilo que Streck afirma como os “Discursos Epistêmicos de Ódio (os EDH – *epistemic discourses of hatred*). São discursos ideológicos, que, na verdade, repetem o mecanismo do senso comum. Ideológicos porque partem de um corpus de representações pré-fixadas sobre o mundo, no interior do qual raciocínios

---

<sup>73</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, dez. 2015.

<sup>74</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado. ARAÚJO Jr., João Marcelo de (coord). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 254.

pequeno-gnosiológicos são apresentados como universalizantes<sup>75</sup>. Daí a guia à profundidade do pensar é que permite o regresso ao engajamento sobre o *ser*, na expressão de Heidegger, “o pensar é o pensar do ser”<sup>76</sup>. Tem-se a concepção da importância do pensar no processo que procura retroagir o esquecimento do ser, aqui do ser encarcerado, retroagindo ao *não-pensar*. No caso do encarceramento à brasileira, à *entização* do ser leva à relativização dos Direitos Fundamentais.

As *pré*-compreensões são os rudimentos para interligar a concretização e conservação dos Direitos Fundamentais ao intrincado dilema do encarceramento no Brasil, indicando uma dimensão a parte da proteção dos Direitos Fundamentais, bloqueando sua efetivação. A tradição motivada ao intérprete do Direito no Brasil é justamente a Torre de Babel onipotente. A Babel dos Direitos Fundamentais se destina a servir ao patrimonialismo/individualista. Não só corrobora como se chegou a um Direito que só “enxerga”, em sua cegueira hermenêutica, o esquema sujeito-objeto do encarceramento, não compreendendo a necessidade de da superação desse esquema para sujeito-sujeito, e que cria uma dimensão paralela de inefetivação e discussão dos Direitos Fundamentais envolvidos, a partir da ausência de sentido(s) na compreensão do encarceramento e do próprio Direito Penal no Brasil.

Assim, a viragem necessária para o Direito brasileiro, notadamente para a “amnésia” dos Direitos Fundamentais quando da efetivação das penas, é dar conta de, primeiro, romper com a perpetuação da disfuncionalidade do Direito e da constante violação de Direitos Fundamentais inseridos em um contexto vazio de sentido(s). Por isso a importância de se confirmar que não se trata de anular a individualidade ou a percepção das experiências do *Eu* no mundo, mas de como o *Eu* solipsista limita a imagem do mundo a um círculo fechado e restrito sem condições de transcendência do ser, pois atrelado apenas ao *meu* mundo. Daí a manutenção do encarceramento ser uma “dimensão paralela” na e da efetivação dos Direitos Fundamentais. Afinal, o *meu* mundo enquanto contrassenso da

---

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo, o legal e a Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo. *Consultor Jurídico – Conjur*, 31 de julho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo>, acessado em 31 de julho de 2014.

<sup>76</sup> HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Carta a Jean Beaufret, 1991. p 348.

transcendência do *ser* perde a alteridade, visto que o *Outro* quando se revela como *ser- apenas* deixa a imagem do *Outro* para adentrar ao solipsismo. Eis o solipsismo epistêmico na produção de sentido(s) do encarceramento.

Corroborando, vive-se a "*síndrome da realização da Justiça*". A crise de sentido(s) inserida na efetivação de Direitos Fundamentais, marcada pelo individualismo exacerbado provocado desde os primórdios brasileiros, leva a equivocada percepção de que o isolamento do cidadão em regime carcerário por si só basta para a gerência do Estado Democrático de Direito (aí propositalmente extraindo-se qualquer indício de Estado Social, mesmo como perspectiva, da expressão).

O que está velado é justamente a particularidade nefasta do individualismo que percebe no encarceramento a possibilidade de realização de seus projetos meramente individuais-patrimonialistas. E a invisibilidade indica que após o encarceramento não é pertinente centrar esforços (tanto políticos quanto sociais) para que o ambiente de encarceramento seja propício e harmonizado ao Estado Democrático (e Social) de Direito. Sem falsas expectativas, como registra Foucault<sup>77</sup>, "conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto, não 'vemos' o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão". Então, de fato, a produção de sentido(s) almejada não pode indicar um plano hipotético inalcançável, porém, não para se concluir, mas como perspectiva, ratifica-se Rauter<sup>78</sup>, ao afirmar que "considero que estar preso – seja num hospital psiquiátrico ou numa prisão – é algo inaceitável para um ser humano, e um discurso que sustente a desarticulação destes espaços me soa como algo que deve ser valorizado". Assim, que se comece com a quebra da invisibilidade da titularidade dos Direitos Fundamentais do encarcerados e se passe a produção de espaços de manutenção de tais Direitos aos referidos – de fato – titulares.

---

<sup>77</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 209.

<sup>78</sup>RAUTER, Cristina. *Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo. Discursos Sediciosos*, vol. 3, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 73.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBERTI, Verena. *A existência na história: revelações e riscos da hermenêutica*. Revista de Estudos Históricos, n. 17, 1996.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado. ARAÚJO Jr., João Marcelo de (coord). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (et. al.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOURDIEU, Pierre. A Opinião Pública Não Existe. In.: *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

CORRÊA, Darcísio. *Estado, cidadania e espaço público: as contradições da trajetória humana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In.: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010,

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GADAMER, Hans-Georg; Pierre Fruchon (org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. *Verdad y metodo*. 2. ed. Vol. 01. Salamanca: EdicionesSígueme, 1984.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GARLAND, David. *The Culture of Control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

GIACOMOLLI, Nereu José; GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, dez. 2015.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Carta a Jean Beaufret, Paris. Conferências e escritos filosóficos. Tradução e notas de Ernildo Stein. 4. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LEVINAS, Emmanuel. *Descobrendo a Existência com Husserl e Heidegger*. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1967.

\_\_\_\_\_. *Ética e Infinito*. Lisboa: Ed. 70.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, demasiado humano*. 2. ed. Trad. Antonio Carlos Braga. Coleção Grande Obras do Pensamento Universal nº. 42. São Paulo: Editora Escala, 2007.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1996.

RAUTER, Cristina. Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo. *Discursos Sediciosos*, vol. 3, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In.: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, Maio-2003, p. 3-76.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53), acessado em 27 de maio de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Publicado em 12 de julho de 2005. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53), acessado em 27 de maio de 2014, grifo nosso.

SARTRE, Jean-Paul. *A transcendência do Ego: esboço de uma descrição fenomenológica*. Introdução e notas de Sylvie Le Bom. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

STAFFEN, Marcio Ricardo; ARSHAKYAN, Mher. The legal development of the notion of human dignity in the constitutional jurisprudence. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 108-126, dez. 2016.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

\_\_\_\_\_. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. A relativização hermenêutica dos Direitos Fundamentais e o encarceramento no Brasil: o véu do individualismo e o distanciamento do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

\_\_\_\_\_. *Pensar é pensar a diferença: Filosofia e conhecimento empírico*. Coleção Filosofia, n. 2. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In.: STREZ, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiga. *20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

\_\_\_\_\_. Heidegger, Martin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. 1. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. O ativismo, o justo, o legal e a Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo. *Consultor Jurídico – Conjur*, 31 de julho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo>, acessado em 31 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões – de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. Volume II. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-48.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni. 5. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José A. Giannotti. Série 1. Filosofia. Volume 10. São Paulo: Cia. Editorial Nacional, 1968.

Recebido em: 21/09/2019

Aprovado em: 20/11/2019