

1 INTRODUÇÃO

Deixadas de lado eventuais discussões acerca da legitimidade da pena no contexto hodierno da execução penal, parte-se, a partir de uma perspectiva aristotélica, da possibilidade de punição pelo cometimento de um crime por dois fatores: pela vontade condizente com o princípio motor na prática da conduta delituosa e pelo conceito de justiça trazido pelo filósofo.

Quanto ao primeiro fator, impende, inicialmente, destacar o que seriam as condutas voluntárias, as involuntárias e as compulsórias. Para o autor, “são consideradas involuntárias as coisas que ocorrem sob compulsão ou devido à ignorância; e é compulsório ou forçado aquilo cujo princípio motor está fora de nós, para qual nada contribui a pessoa que age ou sente a paixão” (ARISTÓTELES, 2021, p.53). Nessa esteira, as condutas compulsórias não são passíveis de julgamento, uma vez que fogem da vontade humana.

As condutas involuntárias, por sua vez, estariam sujeitas a certas atenuantes de julgamento, considerando que ocorrem sob compulsão ou ignorância, em contexto similar ao instituto atual do erro de proibição e à causa de diminuição de pena do domínio de violenta emoção prevista no art. 121, § 1º, do Código Penal (BRASIL, 1940). Ao revés, as condutas voluntárias, isto é, sujeitas ao princípio motor, seriam passíveis de julgamento e de aplicação da pena, considerando, inclusive, o conceito aristotélico de justiça. Em síntese:

Portanto, sendo esse tipo de injustiça uma desigualdade, o juiz procura equalizá-la; porque também no caso em que um recebeu e o outro infligiu um sofrimento, ou um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram distribuídos de modo desigual; mas o juiz procura igualá-los por meio da pena, tirando uma parte do ganho do acusado. (ARISTÓTELES, 2021, p. 112).

Nesse sentido, a fim de equalizar as injustiças e compensar a dor imposta, o juiz aplicaria uma pena àquele que transgrediu a norma penal posta. Soluciona-se, aqui, a partir dos argumentos aristotélicos supramencionados, a problemática da imposição da pena. Surge, no entanto, um segundo questionamento que será em sequência trabalhado.

Evidente que para Aristóteles o homem é o princípio motor de suas ações, princípio esse, inclusive, responsável por direcionar a vontade que, por sua vez, dá origem às ações voluntárias. Permanece, contudo, o seguinte questionamento: se o homem é o princípio motor de suas ações, deveria estar sujeito à constante imposição de escolhas ao longo da execução penal – em um efeito conhecido como prisionização? Não seria a despersonalização da pessoa presa uma forma institucionalizada de violência?

Decerto, ainda em conformidade com o conceito aristotélico de justiça, a pena é autorizada a limitar, temporariamente, alguns direitos, com a manutenção daqueles não alcançados pela sentença penal condenatória (MARTINS, 2020). Assim sendo, cerceia-se a liberdade de locomoção, mas são preservados o direito à liberdade de culto, previsto constitucionalmente, e o direito ao tratamento nominal assegurado pela Lei de Execução Penal, entre tantos outros. A pesquisa que se pretende desenvolver parte do problema de pesquisa acima transcrito com o fito de analisar de que forma a execução penal, nos moldes atuais em que opera, despersonaliza as pessoas presas, e se seria essa uma violência que contradiz o conceito de princípio motor estabelecido por Aristóteles.

A falsidade do discurso jurídico-penal operante que tenta reforçar a possibilidade de aplicação da teoria da pena especial positiva – isto é, a faceta ressocializadora das teorias da pena - parte do pressuposto de que os restritos de liberdade devem preencher uma série de requisitos para que sejam considerados ressocializados, bem como devem seguir estritamente todas as regras impostas pela administração penitenciária. A título exemplificativo, a imposição de padronagens de roupas e de cortes de cabelo, o tratamento pelo número de cadastro da pessoa presa em detrimento do tratamento nominal, a impossibilidade de se questionar a autoridade penitenciária, entre outros fatores.

Perde-se, então, o direito de escolha sobre aspectos básicos da autodeterminação humana, os quais, formalmente, não seriam atingidos - ou ao menos não deveriam - pela sentença penal condenatória:

Ressalta-se que a pena é instrumento coercitivo de controle social o que compromete *per si* a finalidade ressocializadora; qualquer pretensão exitosa de intervenção sobre alguém voltada à sua integração social deve, preliminarmente, respeitar a sua vontade e autonomia. (ALEIXO; PENIDO, 2021).

A justificativa da pesquisa que se propõe parte do fato de o pensamento aristotélico constituir a base do pensamento ocidental como um todo, conforme menciona Jonathan Barnes (2009), ainda que não se tenha plena consciência disso. Logo, questionar a aplicação distorcida de alguns conceitos elaborados por Aristóteles tem o condão de auxiliar na reformulação de pensamentos atuais que impactam diretamente na operacionalidade jurídica.

A pesquisa que se propõe tem como hipótese a existência de uma constante despersonalização dos presos e presas na operacionalidade da execução penal, fator esse que atua em parâmetros diametralmente opostos ao preconizado por Aristóteles (2021) no capítulo III de sua obra *Ética a Nicômaco*, sobretudo no que concerne ao ser humano como princípio motor de suas ações.

Diante disso, há a necessidade de se considerar os ensinamentos trazidos pelo filósofo para que sejam propostas alternativas para os tratamentos normativo e administrativo direcionados àqueles que cumprem pena, especialmente na modalidade privativa de liberdade, com a finalidade de garantir o maior respeito possível à personalidade das pessoas presas.

Como objetivos gerais da investigação, enumeram-se os seguintes: a) Analisar se há, na execução penal, a despersonalização dos presos e das presas; b) Avaliar se há, durante o cumprimento de pena, uma contradição com a proposta aristotélica do homem como princípio motor de suas ações.

Como objetivos específicos, os selecionados foram: a) Demonstrar a necessidade de construção de um novo discurso-jurídico penal congruente com a visão aristotélica de escolha e de voluntariedade; b) Realizar estudos acerca das falácias que permeiam o discurso jurídico-penal majoritário pautado na prevenção especial positiva e seu impacto sobre a realidade carcerária brasileira.

A pesquisa a ser desenvolvida pertence, nos termos do que propõe Gustin e Nicácio (2020), à grande área crítico-metodológica, cujo foco é construir uma teoria crítica da realidade. Quanto à vertente metodológica, optou-se pela jurídico-sociológica. O raciocínio a ser desenvolvido será predominantemente problematizante.

Ademais, o estudo que se pretende desenvolver parte de uma abordagem precipuamente transdisciplinar, haja vista que o material de pesquisa abarcado reside nas searas do Direito Penal, Direito Processual Penal, Filosofia do Direito, Criminologia e Direito Constitucional.

2 A VISÃO CRIMINOLÓGICA

Do despontar da escola clássica do Direito Penal surgiu a criminologia positivista. Desta advém a rígida concepção de um determinismo social¹ e biológico que sobrepõe o arbítrio do autor de um comportamento desviante para, então, segregar o indivíduo delinquente do chamado indivíduo comum. Compreendido como uma disciplina a parte, o positivismo criminológico “tem por objeto não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente e, como tal, clinicamente observável” (BARATTA, 2021, p. 29). A primeira ruptura do Direito Penal, cujo foco é a norma penal e o delito, e o surgimento da criminologia como ciência autônoma se dá, portanto, da criação do positivismo criminológico, cujo foco reside também no autor do delito.

¹ Este primeiro reforçado pela visão antropológica de Cesare Lombroso por meio da obra “O homem delinquente” (LOMBROSO, 2020).

De fato, ressalvadas eventuais críticas, a origem da escola clássica do Direito Penal tem como base um pensamento crítico em contraposição ao penalismo existente à época de sua criação. Nas palavras de Baratta:

Neste último aspecto, as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do *ancien régime*, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio de humanidade, princípio de legalidade, princípio de utilidade). (BARATTA, 2021, p. 31).

Em referência ao gênese crítico da escola clássica exposto pelo trecho acima transcrito, a ideologia do tratamento, ascendente a partir da década de 1930, traz em seu bojo o conceito das penitenciárias - denominadas por Foucault (2014) como instituições de sequestro - senão como ambiente de restauração do transgressor da norma penal posta. Inspirada por correntes da psicologia, como as desenvolvidas por Sigmund Freud, a tendência terapêutica da pena tem como diretiva precípua o autor de crimes violentos que, por vezes, intrigam a psicologia e a psiquiatria, sem levar em conta, contudo, os responsáveis por crimes patrimoniais habituais (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2009).

Em continuidade à ideologia do tratamento, tem-se a prevenção especial positiva como teoria justificadora da pena que parte da legitimidade do sistema penal. Referida teoria se atém à ressocialização e à reintegração do apenado posto fim ao cumprimento da pena, visando, pois, combater quaisquer resquícios de fins ou finalidades da pena que se pautem meramente em um retribucionismo vazio (ZAFFARONI, 2018). Em suma, trata-se de teoria da reforma ou da emenda. A ideia de emenda se fundamenta na utopia da *poena medicinalis*, como forma de reeducar as pessoas presas (GALVÃO, 2017, p. 80). O homem passa, então, a compor um objeto tratável da norma penal e não sua finalidade, contrariando, conforme trazido por Novelino (2020), o aspecto basilar da dignidade da pessoa humana.

A fim de criticar a legitimidade do direito de punir, Zaffaroni elabora, ainda na década de 1990, a teoria agnóstica da pena, cujos pilares residem na seletividade imperante nos sistemas penais e na dicotomia existente entre o ser e o dever ser próprio do discurso jurídico-penal legitimante. Como alternativa viável, uma vez que o autor descarta as propostas abolicionistas, tem-se uma retomada do realismo jurídico de Hans Welzel, dessa vez com foco nos países da América Latina (ZAFFARONI, 2018).

Mais de uma década após a publicação de sua obra *Em busca das penas perdidas* (ZAFFARONI, 2018), Zaffaroni elabora uma nova crítica ao Direito Penal e ao discurso jurídico-penal legitimante. Ao longo da obra *Direito penal humano e poder no século XXI*

(ZAFFARONI, 2021), o autor questiona o totalitarismo financeiro e o posto que o ser humano ocupa de objeto útil à norma penal e aos sistemas penais, propondo a construção de um Direito Penal humano que tenha o ser humano como centro da norma penal e dos sistemas penais, proposta essa ainda atrelada ao realismo jurídico marginal supramencionado. Em resumo:

A construção de uma dogmática jurídico-penal humana é possível e deve ser julgada nestes slogans básicos, entretanto não é concebida como uma mera construção normativa estática, e sim como uma construção dinâmica, partidária e de combate ao direito penal. (ZAFFARONI, 2021).

Para Nilo Batista (2021, p. 30), a criminologia positivista “necessariamente tende a tratar o episódio criminal como episódio individual e respaldar a ordem legal como ordem legal”. Razão pela qual seus autores precursores, em desconsideração aos aspectos político-sociais, passaram a distinguir o homem delinquente e violador das normas provenientes de um direito natural (BATISTA, 2021).

As afirmações trazidas por Nilo Batista bebem da fonte do garantismo penal de Luigi Ferrajoli desenvolvido na obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (FERRAJOLI, 2002). Na perspectiva deste último, as doutrinas terapêuticas da defesa social partem da finalidade basilar de cura do condenado a partir da segregação social (FERRAJOLI, 2002, p. 215). Desta concepção advém a despersonalização dos presos e das presas ao longo da execução penal, uma vez que, ao serem considerados objetos tratáveis, retira-se qualquer resquício de autonomia e de personalidade, de forma que, a partir do fenômeno da prisionização, indivíduos adultos passam a ser tratados, pelo sistema penal, como seres inferiores e incapazes (ZAFFARONI, 2018).

2 DA VISÃO ARISTOTÉLICA À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Finalizado o estado da arte no que concerne aos aspectos penais e criminológicos da pena como ferramenta de despersonalização, impende, doravante, tratar do estado da arte referente à ética aristotélica – na qual se encontra o conceito do homem como princípio motor de suas ações.

Aristóteles, filósofo grego e autor do marco teórico da pesquisa aqui proposta, estabeleceu relevantes apontamentos acerca dos aspectos envoltos na vontade humana, sobretudo no capítulo III de sua obra *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2021). O autor pretendeu estabelecer distinções entre fatores como a voluntariedade e o ser humano como

princípio motor de suas ações. Como marco teórico principal, foi adotado o conceito de princípio motor das ações humanas.

A ética em Aristóteles, que se destaca pelas obras *Ética a Nicômaco*, *Ética a Eudemo* e *Magna Moralia*, possui, pela primeira vez na história, a característica de composição de um saber prático (NAVES; REIS, 2016). Neste conjunto de obras, o filósofo pretendeu destacar a busca pela felicidade (*eudaimonia*) enquanto finalidade humana, felicidade essa que só poderá ser alcançada no contexto da *pólis* (ARISTÓTELES, 2021). Trata-se de um saber prático por considerar que a felicidade “é uma atividade da alma conforme à virtude perfeita” (ARISTÓTELES, 2021, p. 31), sendo as virtudes morais alcançadas através do hábito, o qual requer, por sua vez, a prática:

Esse também é o caso das virtudes: ao praticar atos em nossa relação com outros homens, nós nos tornamos justos ou injustos, e nosso comportamento diante da presença do perigo, bem como pelo hábito de sentir medo ou autoconfiança, nos torna corajosos ou covardes. (ARISTÓTELES, 2021, p. 36)

Na construção de sua ética, Aristóteles aborda, também, a responsabilidade por ações e decisões, sobretudo no capítulo III de sua obra *Ética a Nicômaco*. Neste, o autor aborda a relação entre as ações humanas e a voluntariedade, sendo voluntárias as ações alcançadas pelo princípio motor. Todavia, a mera voluntariedade não se confunde com a livre escolha. Isso porque “agir voluntariamente tampouco deve ser definido como ‘agir de acordo com suas decisões’, porque pode-se agir voluntariamente no calor do momento, sem ter tomado nenhuma decisão (...)” (BARNES, 2009, p. 271).

No contexto hodierno de execução penal, faz-se mister traçar uma reflexão crítica acerca das incongruências existentes entre o ser humano como princípio motor de suas ações, o âmbito da decisão e da escolha, e a constante despersonalização das pessoas presas. Ao negar-lhes a oportunidade de escolha atinente aos direitos não atingidos pela sentença penal condenatória, não apenas se contradiz o proposto pela ética aristotélica, viola-se, também, princípios constitucionalmente fixados.

Posto termo às discussões acerca da voluntariedade, da ignorância e da involuntariedade das ações, Aristóteles (2021) pretendeu esclarecer a diferença existente entre o âmbito de extensão da voluntariedade e da escolha. Para o autor:

A escolha parece ser voluntária, mas é algo diferente. O voluntário tem uma extensão mais ampla. As crianças e os animais inferiores participam da ação voluntária, mas não da escolha; e, embora chamemos voluntários os atos praticados sob o impulso do momento, não os consideramos escolhidos. (ARISTÓTELES, 2021, P. 58).

A escolha e a voluntariedade da ação são conceitos que não se confundem, uma vez que este último possui um âmbito de extensão maior que o da escolha. Logo, o fato de uma ação ser considerada voluntária não faz dessa um fruto da escolha. Traçando um paralelo entre as distinções elencadas e o campo da execução penal hodierna, faz-se mister destacar que a voluntariedade das ações praticadas durante o cumprimento da pena privativa de liberdade não significa, necessariamente, que tais ações foram provenientes de algum âmbito de escolha pessoal de seu agente.

A título exemplificativo, a Lei de Execução Penal determina uma série de requisitos objetivos, os quais tornam a pessoa presa apta a progredir de regime e a retornar, aos poucos, ao convívio social (BRASIL, 1984), existe, contudo, como requisito subjetivo facultado aos juízes, a exigência do exame criminológico – fortalecido pela súmula vinculante n. 26 (BRASIL, 2009). Neste, há a necessidade de que presos e presas admitam a culpa pelo crime praticado, ainda que seja uma hipótese de condenação injusta. A fim de conseguir os benefícios, voluntariamente, os reclusos e reclusas respondem em conformidade com o exigido pelo exame criminológico, o que não quer dizer que tais respostas partiram do âmbito da escolha:

À mentira institucionalizada na e pela lei o condenado responde também mentirosamente colocando a máscara da ressocialização e praticando ações artificiais aptas a demonstrar que se encontra ressocializado para que assim possa alcançar a liberdade. Sabe bem que para tanto deve se mostrar um “bom preso”. (ALEIXO; PENIDO, 2021, p. 29).

Por essa razão, ainda que não seja usada nenhum tipo de força física ou de coação moral com a finalidade de que as pessoas privadas de liberdade cumpram todas as normas que atingem, de certa forma, o exercício de sua autonomia e de sua personalidade, não há de se falar que existe, na execução penal, um espaço livre para o desempenho da escolha, em conformidade com o conceito aristotélico exposto.

Existem, ainda, os casos em que a própria voluntariedade da ação é violada, uma vez que, a depender do local de cumprimento de pena e do comportamento adotado pela administração penitenciária, as ações são compulsoriamente praticadas pelas pessoas presas. Como exemplo, tem-se a obrigatoriedade de uso de vestimentas e de cortes de cabelo padronizados.

A partir, então, da inexistência de um espaço condizente com a escolha e, por vezes, com a voluntariedade, ao menos no que concerne aos direitos não alcançados pela sentença penal condenatória – os quais deveriam ser protegidos -, de certo há, no campo da execução

penal, uma incongruência com o conceito de princípio motor, desenvolvido por Aristóteles e que consiste no marco teórico da pesquisa proposta.

A partir de um demasiado idealismo reforçado por um discurso jurídico-penal legitimante, o qual supõe que a operacionalidade dos sistemas penais atua de forma minimamente condizente com o apregoado pela normatividade, prevalece, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria mista ou unificadora da pena. Referida teoria visa agrupar os benefícios das teorias legitimantes existentes, isto é, absolutas e relativas, e afastar suas respectivas defasagens. Por este motivo, uma leitura conjugada entre os artigos 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) e do artigo 1º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) deixa claro o anseio legislativo pelo cumprimento precípua do retribucionismo penal em somatória à teoria preventiva especial positiva, cujo foco é a ressocialização do apenado.

Em se tratando, doravante, especialmente da função preventiva especial positiva da pena, resta clarividente a influência que o positivismo criminológico exerce sobre a execução penal brasileira. Em contramão ao liberalismo ascendente na Modernidade, o positivismo criminológico surge em reforço ao autoritarismo, não no sentido de se punir mais, mas no sentido de se punir melhor (FERRAJOLI, 2002). Fato é que o mesmo positivismo que dá origem às teorias preventivas visa não apenas prevenir delitos, mas, ainda, “transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhoria social” (FERRAJOLI, 2002, p. 214).

Nesse diapasão, para além das questões de impossibilidade fática de uma reintegração social efetiva dos apenados e apenadas, determinadas normas de execução penal, em comunhão ao tratamento administrativo penitenciário, conferem verdadeira despersonalização dos presos e presas. A título exemplificativo, impende destacar a inconstitucional imputação, pautada em um falacioso discurso de melhor individualização da pena, de falta grave ao condenado que se recusar a fornecer seu perfil genético, nos termos do artigo 50, inciso VIII, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Ademais, destaca-se a faculdade concedida ao juiz para exigir o exame criminológico para progressão de regime, ainda que os requisitos objetivos normativamente impostos já tenham sido preenchidos. Por fim, o Regime Disciplinar Diferenciado, com previsão no artigo 52 da Lei n. 7.210/84 (BRASIL, 1984), que parte de uma completa inocuidade do encarcerado dentro do próprio cárcere, na mais intensa manifestação da primeira

tática sancionatória das sociedades punitivas, denominada por Foucault (2015)² de exclusão do transgressor.

Exemplificativamente, a possível exigência de exames criminológicos por parte dos magistrados como requisito para a progressão de regime resta por evidenciar o positivismo criminológico que opera no cumprimento de pena. Em agravo de execução penal, o Tribunal de Justiça de São Paulo, diante da incompletude do exame criminológico do reeducando, exigiu que fosse feito novo exame criminológico, diante da gravidade dos crimes cometidos, para que somente então ocorresse a progressão de regime, ainda que já houvesse o preenchimento dos requisitos objetivos para a progressão (SÃO PAULO, 2017). O posicionamento do julgado em análise remete ao ser humano como objeto da norma penal e clinicamente tratável, contrariando, pois, o fundamento da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que cumpre por colocar o ser humano como finalidade das normas jurídicas (NOVELINO, 2020).

Conforme menciona Zaffaroni (2018, p. 38), “não existe teoria que, por si mesma, tenha forças suficiente para vencer uma estrutura que se interioriza, desde cedo, na vida das pessoas, se não vier acompanhada de um fato de particular evidência, que se opere como ‘choque’ com a realidade”. Conclui-se como urgente um apego ao que o autor traz como choque de realidade, apto, portanto, a questionar o sistema penal vigente à luz de um garantismo penal que se atenha às disposições constitucionais. Decerto a Lei de Execução Penal é anterior à Constituição Federal promulgada em 1988, razão pela qual suas disposições devem ser observadas em consonância aos princípios constitucionais como a humanidade e o fundamento da dignidade da pessoa humana.

3 O CONCEITO DE LIBERDADE DE JOHN STUART MILL COMO ALTERNATIVA

O conceito de liberdade atrelado a uma forma particular de individualidade desenvolvido por John Stuart Mill reside, senão, em uma tentativa de limitar o poder que a sociedade despenha sobre o indivíduo. Nas palavras do autor:

² De acordo com Michel Foucault (2015), em sua análise da sociedade punitiva existem quatro táticas sancionatórias, quais sejam: a exclusão; a imposição de uma compensação; a marcação e o encarceramento. A primeira das táticas consistiria na exclusão em sentido estrito, como banir, expulsar do meio social o transgressor. A segunda delas surgiria da necessidade de uma reparação pelo mal causado, onde, em razão da culpa, o infrator seria obrigado a cumprir uma pena. A marcação, por sua vez, seria a humilhação, a diminuição, ainda que simbólica, com o fito de deixar algum vestígio naquele que cometeu a infração. E, por fim, na tática do encarceramento ocorreria a reclusão do apenado.

Portanto, a proteção contra a tirania do magistrado não é suficiente; também é preciso proteção contra a tirania da opinião e do sentimento prevalente; contra a tendência da sociedade de impor, por outros meios que não as penalidades civis, suas próprias ideias e práticas, na forma de regras de comportamento, sobre aqueles que delas discordam; de condicionar seu desenvolvimento e, se possível, evitar a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com seu modo de ser e coagir todos os caracteres a se moldarem segundo seu próprio modelo. (MILL, 2017, p. 57).

Ao destacar a imperiosa necessidade de proteção contra a tendência social de definir padrões e comportamentos a fim de evitar quaisquer formas de pluralismo, resta evidente a simbiose trazida pelo liberalista inglês entre liberdade e individualidade. Não bastasse o trecho supramencionado, Mill destina um capítulo específico para trabalhar a relação entre individualidade e bem-estar, qual seja, o capítulo terceiro de sua obra denominada “Sobre a liberdade” (MILL, 2017, p. 108). Nele, o autor destaca com precisão a imprescindibilidade de se garantir a individualidade como forma de efetivar uma sociedade plural.

Ademais, a obra em referência traz severas preocupações com as determinações trazidas pelo corpo social ao indivíduo, de forma que não há a possibilidade de se impor determinado comportamento a outrem, a menos que se tenha a mais absoluta certeza da veracidade do comportamento prescrito (MILL, 2017). Logo, “assim como é útil que, enquanto a humanidade é imperfeita, deva haver opiniões diferentes, da mesma maneira deve haver diferentes experiências de vida (...)” (MILL, 2017, p. 109). Nesse diapasão, todo indivíduo adulto e capaz tem o direito de se autodeterminar, bem como de definir de qual forma pretende viver.

O conceito de liberdade desenvolvido por Stuart Mill, no entanto, não é irrestrito. O princípio do dano consiste em seu principal limitador. Em síntese, os comportamentos individuais devem ser plenamente admitidos desde que não causem dano a um terceiro. Na perspectiva do autor, referido princípio é derivado das normas que regem a sociedade, segundo as quais os indivíduos possuem direitos legalmente previstos, ou tacitamente admitidos, que quando violados legitimam a intervenção da sociedade sobre o indivíduo (MILL, 2017). Em suma, “essas condições a sociedade pode justificadamente impor a todo custo a todos que tentem impedir seu cumprimento” (MILL, 2017, p. 128).

Dentro do princípio limitador, em que pese não seja um assunto amplamente trabalhado pelo autor no desenvolvimento de sua obra, surge a pena como forma de restrição da liberdade em razão de um dano causado. Deixadas de lado as discussões acerca da legitimidade da pena, a pesquisa aqui disposta tem como foco trabalhar até que ponto o cerceamento da liberdade proveniente da sanção penal poderá alcançar o direito à autodeterminação do condenado.

Certamente, ao menos na Modernidade, restam mantidos todos os direitos não alcançados pela condenação penal (MARTINS, 2020), o que, no ordenamento jurídico brasileiro, corresponde a direitos como a autodeterminação sexual e a liberdade de culto. Ocorre, contudo, que o discurso jurídico penal oficial em muito se distingue da prática da execução penal, fazendo parte do que Zaffaroni (2018) define como um embate entre dever ser e ser. O que se observa na execução da pena é uma série de violações da individualidade dos privados de liberdade a partir de condutas como o uso de uniformes e padrões específicos de corte de cabelo, o tratamento individual com base no número do INFOPEN, a obrigação, ao menos na APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), de se comungar de alguma religião – de forma tendenciosa ao cristianismo, entre outros exemplos.

Dentro do discurso legal há, ainda, a necessidade de se encaixar em uma série de requisitos para que um indivíduo seja considerado efetivamente ressocializado, conforme preconizado pelo art. 39 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Nas palavras de Aleixo e Penido:

Contrariamente ao propalado – no entanto – o discurso da ressocialização parece fazer parte de um mecanismo de violência institucionalizada, operacionalizada pelo poder punitivo a impor a reforma da personalidade como forma de aniquilamento da individualidade do preso. (ALEXIO; PENIDO, 2020, p. 25).

Ante o exposto, é possível inferir, como resultado preliminar, que a execução penal pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro atua em moldes diametralmente opostos ao que prevê o conceito de liberdade desenvolvido por John Stuart Mill. Isso porque, conquanto compreensível que aspectos como a liberdade de locomoção sejam restringidos a partir da imposição da pena em consequência do dano causado, deveriam ser mantidos os demais direitos dos presos e das presas que dizem respeito a sua individualidade, considerando, ainda, que o exercício desses direitos não causa danos a terceiros. Ademais, pressupor que a função preventiva especial positiva da pena carece do alcance de uma padronagem comportamental é contraproducente na medida em que há a despersonalização para posterior reintegração do indivíduo em uma sociedade plural.

John Stuart Mill define um conceito de liberdade consubstanciado no aspecto da individualidade do ser humano. Mencionado conceito, no entanto, possui o princípio do dano como seu limitador, de forma que a liberdade poderá ser cerceada quando seu exercício gerar um dano a um terceiro. Nesse viés, faz-se cabível a imposição de uma pena, sobretudo restritiva de liberdade, como consequência ao dano causado a um terceiro, ainda que esse terceiro seja compreendido como o conjunto social em sua totalidade.

Questiona-se, contudo, até que ponto poderá haver o cerceamento da individualidade, atrelada ao conceito de liberdade, sem que se configure verdadeira violência institucional violadora do princípio da dignidade da pessoa humana. Como resultado preliminar, a pesquisa aqui disposta apontou a restrição desmedida da capacidade de autodeterminação dos encarcerados e das encarceradas de forma incompatível com o conceito de liberdade desenvolvido por Stuart Mill. Isso porque, em tese, apenas deveriam ser limitados os direitos alcançados pela sentença penal condenatória, como a liberdade de locomoção, restando intocáveis demais direitos que, se exercidos ao longo da execução penal, não gerariam danos a terceiros.

Por fim, resta evidente a incongruência entre a execução penal brasileira e o anseio de Mill pela pluralidade social, uma vez que há a constante despersonalização dos privados de liberdade em nome de uma função ressocializadora ou preventiva especial positiva da pena para, então, reingressá-los em uma sociedade caracterizada pela pluralidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalvadas eventuais discussões acerca da legitimidade do poder de punir, a condenação penal e consequente aplicação da pena não são contrárias ao princípio motor elaborado por Aristóteles, pelo contrário, atuam no sentido de equalização das injustiças e do sofrimento gerado pela conduta delituosa. A aplicação da pena, no entanto, não significa a permissão para a violação dos direitos da pessoa presa, sobretudo no que concerne àqueles atinentes a sua capacidade de autodeterminação.

Decerto, o pensamento aristotélico, embora careça das devidas ressalvas históricas, permanece atual na formação da consciência ocidental. E é por isso que o olhar que se tem sobre a execução penal deve, também, ser avaliado à luz da ética aristotélica. Para o filósofo, as ações humanas são divididas em voluntárias, involuntárias e compulsórias. Estas últimas não passíveis de julgamento, uma vez que não decorrem da vontade humana. Sobre as ações involuntárias, recairiam certas atenuantes de julgamento, considerando que ocorrem sob compulsão ou ignorância, em contexto similar ao instituto atual do erro de proibição.

As condutas voluntárias, por sua vez, são aquelas sobre as quais se aplicam as penas. Na filosofia de Aristóteles, o homem é o princípio motor de suas ações, princípio esse, inclusive, responsável por direcionar a vontade que, por sua vez, dá origem às ações voluntárias. Retoma-se, contudo, o problema da presente pesquisa: se o homem é o princípio motor de suas ações, deveria estar sujeito à constante imposição de escolhas ao longo da execução penal – em um

efeito conhecido como prisionização? Não seria a despersonalização da pessoa presa uma forma institucionalizada de violência?

Como resultado preliminar, destaca-se que o princípio motor que dá origem às ações voluntárias e que autoriza a imposição da pena é o mesmo responsável por limitá-la. A essência do homem, na ética aristotélica, permeia o princípio motor que garante a voluntariedade de suas ações, e aqui se encontra a capacidade de autodeterminação. Mas não seriam esses conceitos incongruentes? Como conciliar a ideia de pena com o direito à autodeterminação? Para a construção de uma proposta que reúna estes dois aspectos, recorre-se ao conceito de liberdade desenvolvido por John Stuart Mill.

O autor construiu um conceito de liberdade consubstanciado no respeito à individualidade do ser humano. Mencionado conceito, no entanto, possui o princípio do dano como seu limitador, de forma que a liberdade poderá ser cerceada quando seu exercício gerar um dano a um terceiro. Nesse viés, faz-se cabível a imposição de uma pena, ainda que restritiva de liberdade, como consequência ao dano causado a um terceiro.

Todavia, a execução de uma pena não necessariamente significa limitar todos os direitos do apenado. De acordo com o próprio texto da Lei de Execução Penal, mantém-se aqueles não atingidos pela sanção condenatória, e aqui se inclui a capacidade de autodeterminação. É permitido que, temporariamente, seja cerceada a liberdade de locomoção, mas não o direito ao tratamento nominal, por exemplo. Ademais, existem outros direitos concernentes à autodeterminação que não conferem dano a um terceiro, razão pela qual devem ser mantidos. À guisa de exemplo, a escolha pelo corte de cabelo que preferir; a liberdade de professar sua religião ou de não possuir credo algum; a utilização de roupas pessoais em detrimento dos uniformes, como adotado pelo método APAC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Jandira, SP: Principis, 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

BARNES, Jonathan (org.). **Aristóteles**. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2009.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 de jul. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 04 de jul. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 26. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 de dez. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false>. Acesso em: 18 de jun. 2023.

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

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5^a. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Edijur, 2020.

MARTINS, Jilia Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade e A Sujeição das Mulheres**. São Paulo: Penguin Companhia, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REIS, Émilien Vilas Boas. **Bioética Ambiental: premissas para o diálogo entre a Ética, a Bioética, O Biodireito e o Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo em execução penal n. 9000171-32.2015.8.26.0047**. 5ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Sérgio Ribas, 09 de março de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal humano & poder no século XXI**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.