

VERENA VON LOHRMANN CRUZ ARRAES



**ABOLICIONISMO PENAL: DAS MANIFESTAÇÕES HODIERNAS
ÀS DIFICULDADES FÁTICO-JURÍDICAS E UM ENSAIO DE
TENTATIVAS À SUPERACÃO**

COIMBRA

2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO NA ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

**ABOLICIONISMO PENAL: DAS MANIFESTAÇÕES HODIERNAS
ÀS DIFICULDADES FÁTICO-JURÍDICAS E UM ENSAIO DE
TENTATIVAS À SUPERACÃO**

Dissertação de Mestrado em Direito com Especialização na área de Ciências Jurídico Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Sr^a. Prof^a. Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

COIMBRA

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Arraes, Verena von Lohrmann Cruz.

Abolicionismo Penal: das Manifestações Hodiernas às Dificuldades Fático-Jurídicas e um Ensaio de Tentativas à Superação/ Verena von Lohrmann Cruz Arraes; Orientadora: Cláudia Maria Cruz Santos. – 2013.

160f.

Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2013.

1. Abolicionismo Penal 2.Criminologia 3.Crise do Direito Penal. I.Título.

CDD:.160.

Dedico este estudo à memória do mais ilustre jurista que já tive o prazer de conhecer, eterno apaixonado pelas ciências jurídicas, meu querido avô Leonam Cruz. Aos meus pais Luiz e Marinez, por acreditarem sempre em mim e em meus sonhos, auxiliando-me a realizá-los. Ao meu irmão e melhor amigo Luizinho, pelo apoio incondicional. E ainda, dedico esta pesquisa ao meu namorado e companheiro Welson, que esteve comigo em todos os momentos desta longa jornada e com quem espero andar de mãos dadas pela vida inteira.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus, pois sem Sua presença, nenhum sonho poderia se tornar realidade. À minha ilustre orientadora Cláudia Maria Cruz Santos, por toda a dedicação e paciência, na construção deste estudo. Aos meus pais Luiz e Marinez, porque me ensinaram o caminho da dignidade e do amor, me transformando na pessoa que sou hoje. Ao meu irmão Luiz, pela amizade infinita e o amor incondicional. Às meus avós Ló, Deuza, Leonam e Myriam por todo o carinho. Aos meus tios, que sempre acreditaram nas minhas vitórias; Ao meu querido namorado e incansável companheiro Welson, pelo apoio constante em todas as empreitadas da vida. À família Cordeiro, nomeadamente meus sogros Socorro e Zeca, que me acolheram como filha. À todos os mestres que me auxiliaram em meu ínfimo saber jurídico, face a magnitude da suntuosa e intrigante ciência humana.

*Se as coisas são inatingíveis...ora!
Não é motivo para não querê-las.
Que tristes os caminhos, se não fora...
...a presença distante das estrelas!*

Mário Quintana

RESUMO

A presente investigação tem o escopo de averiguar as teorizações abolicionistas penais, no entanto, antes de elucidar-se sobre o assunto principal, tecer-se-á breves comentários acerca do instituto jurídico da pena, nomeadamente modalidade privativa de liberdade, entendendo aspectos como sua origem, evolução histórica e finalidades, para conseguir alcançar do porque e como hoje vivencia uma caótica crise. Após, debruçar-se-á sobre aspectos de extrema relevância do Abolicionismo Penal, quais sejam sua definição, concepção e seus principais pensadores e inspiradores, Louk Hulsman, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nils Christie, Thomas Mathiesen e Michael Foucault. Posteriormente, averiguar-se-ão o que se optou denominar de manifestações hodiernas de inspirações abolicionistas, entre elas as Penas e Medidas alternativas e a Justiça Restaurativa. Por fim, cumpre-se apresentar as dificuldades fático-jurídicas enfrentadas por esta teoria e um ensaio de tentativas à superação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Abolicionismo Penal; Crise na Dogmática Penal; Falência da Pena Privativa de Liberdade; Penas e Medidas Alternativas; Justiça Restaurativa; Alternativas para a Abolição Penal.

ABSTRACT

This research has the scope to verify the criminal theories abolitionists, however, before elucidated on the main subject, weaving will be brief comments about the legal institution of punishment, including imprisonment form, understanding aspects like the origin, evolution and historical purposes, in order to achieve the why and how today experiences a chaotic crisis. After, it will dwell on extreme relevance aspects of the Penal Abolition, namely its definition, conception and principal thinkers and inspiring, Louk Hulsman, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nils Christie, Thomas Mathiesen and Michael Foucault. Subsequently, shall ascertain what was decided styling current demonstrations of abolitionists inspirations, among them the = alternative sentencing and restorative justice. Finally, it is to present factual and legal difficulties faced by this theory and an essay attempts to overcome.

KEYWORDS: Criminal Law; Penal Abolition; Crisis in Criminal Dogmatic; Bankruptcy custodial sentence; Alternative Sentencing; Restorative Justice; Alternatives for Penal Abolition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

CAPÍTULO I

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1- Aspectos Conceituais.....	18
2- Breve Evolução Histórica.....	19
2.1- A Privação da Liberdade na Idade Antiga.....	24
2.3- A Privação da Liberdade na Idade Média.....	25
2.4- A Privação da Liberdade na Idade Moderna.....	26
2.4- A Privação da Liberdade na Idade Contemporânea.....	28
3- Finalidades da Pena.....	29
3.1- Teorias de Retribuição.....	29
3.3- Teorias de Prevenção.....	31
3.4- Teorias Ecléticas.....	34
4- Sistemas Penitenciários.....	35
5- A Crise da Pena Privativa de Liberdade.....	38

CAPÍTULO II

DO ABOLICIONISMO PENAL

1- Noções Introdutórias.....	41
2- Principais Teóricos Abolicionistas.....	46
2.1-Louk Husman : um Abolicionismo Penal Fenomenológico.....	46

2.2- Eugenio Raul Zaffaroni: um Abolicionismo Penal ‘Marginal’	52
2.3- Nils Christie: um Abolicionismo Penal Fenomenológico-Historicista.....	58
2.4-Thomas Mathiesen: um Abolicionismo Penal De Vertente Marxista.....	62
2.5-Michael Foucault: uma incipiente inspiração penal abolicionista.....	63

CAPÍTULO III

DAS MANIFESTAÇÕES HODIERNAS

1- Considerações Iniciais.....	66
2- Penas Alternativas à Pena Privativa de Liberdade.....	66
2.1- Da Origem e Evolução das Penas Alternativas.....	67
2.2- Das Regras De Tóquio.....	69
2.3- Breve Apreciação da Relevante Manifestação deste Instituto em Ordenamentos Jurídicos Expoentes.....	72
3- Mediação Penal e Justiça Restaurativa.....	78
3.1- Da Origem da Justiça Restaurativa.....	81
3.2- Dos Princípios e Modelos da Justiça Restaurativa.....	85
3.3- Breve Apreciação da Relevante Manifestação deste Instituto em Ordenamentos Jurídicos expoentes.....	89

CAPÍTULO IV

DAS DIFICULDADES FÁTICO-JURÍDICAS E ENSAIOS À SUPERACÃO

1- Considerações Iniciais.....	93
2- Principais Críticas às Teorias Abolicionistas.....	95
3- Tentativas para Superar as Dificuldades da Abolição Penal.....	99
3.1- A Dogmática Penal em Questão.....	99

3.2- Processo de ‘Civilização’ do Direito Penal.....	103
3.2.1- Seleção Otimizada dos Bens Jurídico-Penais.....	106
3.2.2- Reconstrução do Instituto Jurídico ‘Ilícito Civil’	111
3.3- Considerando Alternativas à Privação da Liberdade.....	116
3.4- O Elemento ‘Tecnologia’	119
3.5- Atuação Coordenada de Políticas Públicas.....	123
3.6- O ‘Abolicionismo Constitucional’ da Privação da Liberdade.....	130
CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

INTRODUÇÃO

Cumpre-se inicialmente relatar, que a presente pesquisa surgiu a partir de uma inquietação pessoal e subjetiva acerca das mazelas do sistema penal hodierno. Torna-se inconcebível compreender a dicotomia existente, onde aqueles que cometem atos ilícitos estão em um polo completamente oposto do restante da sociedade, quando na verdade, todos comungam da mesmíssima condição humana. Destarte, indaga-se afinal o que seria humanidade, quando nos deparamos com um sistema criado e massificado pelo ser humano, onde monstruosos homens punem homens animalizados, enquanto outros homens assistem e somente interrompem sua inércia para pugnar por mais punição. Assim, paira a nítida sensação de que a humanidade está esvaindo-se em sua própria torpeza.

Nesse contexto, muitos foram os teóricos que se debruçaram sobre a caótica questão do sistema penal coevo, encontrando-se os que postulam sua deslegitimação e os que deprecam por sua relegitimação. Ao depararmos com algumas destas teorias, encontram-se diversas proposições extremamente válidas. Porém somente ao entender com um pouco mais de profundidade as proposições abolicionistas, ocorreu um incondicional encantamento, renovador de esperanças na possibilidade de haver uma solução plausível para as temeridades da justiça criminal hodierna. Assim, não houve alternativa diversa, senão analisar e versar acerca do abolicionismo penal, com a expectativa de propor e ratificar possíveis soluções, bem como continuar fomentando estudos que não desistam de tentar modificar as falácias da dogmática penal.

Isto posto, diante da temática proposta como objeto do presente estudo, não há como pretender abolir algo que não se conheça pormenorizadamente. Logo, far-se-á imperioso que introdutoriamente se verse acerca do âmago da teoria geral da pena ¹. Mais especificamente no que se refere à pena privativa de liberdade, que outrora era tida como única sanção hábil a resguardar as finalidades da pena e que, no

¹ A importância de entendermos os elementos da pena fica evidenciada na obra do jurista George Fletcher, quando este aduz que “*If we wish to understand the criminal law, we must first understand its most prominent feature: the infliction of a punishment.*”. Vide FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. CLIV.

entanto hodiernamente, é visualizada como “(...) *tão medieval quanto a sentença de morte.*”, conforme pretender-se-á demonstrar ². Por esta razão, iniciar-se-á a presente pesquisa com a valorosa retrospectiva de aspectos extremamente relevantes da pena privativa da liberdade.

Sendo assim, pretender-se-á pontuar acerca dos aspectos conceituais da pena de privação da liberdade, desde a origem de sua terminologia, até sua definição contemporânea, ressaltando-se desde já a inexistência de um conceito conclusivo e uno deste instituto jurídico, mas aduzindo-se que a concepção de pena está intrinsecamente vinculada ao crime, conseqüentemente à própria existência humana, o que justificaria sua abolição soar aparentemente kafkiana. Ainda neste mesmo diapasão, aludir-se-á acerca do panorama do desenvolvimento histórico das penas privativas de liberdade. Diversos doutrinadores já atentaram ao que se refere à evolução histórica das penas em si, sendo oportuno neste contexto, apenas uma breve explanação acerca desta evolução, para que se possa instigar a reflexão das modificações nos paradigmas e dogmas do direito acerca da punição. Concomitantemente, far-se-á necessária uma explanação mais densa, acerca do desenvolvimento histórico da modalidade da pena objeto da pesquisa, qual seja a privativa de liberdade, para a construção de uma conclusão crítica ³, onde se analise brevemente suas manifestações desde a antiguidade clássica, até os tempos contemporâneos.

Então, sentir-se-á a necessidade de esclarecer elementos relativos às finalidades da pena, tendo em vista que para um ser humano punir seu semelhante, foi inerente ao surgimento das punições a busca por uma justificação plausível para as sanções penais. Portanto, remonta-se a discussão quanto à finalidade das penas ao próprio surgimento do direito penal. Com propriedade, Figueiredo Dias assevera que “*À sombra do problema dos fins das penas é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal.*” ⁴. Tais questões como legitimidade, fundamentos, justificativas das penas e a intervenção penal do

² Vide MATHIESEN, Thomas. *A Caminho do Século XXI: abolição, um sonho possível?*. Verve, São Paulo, n.4, p.80-111, 2003.

³ Para uma visão mais aprofundada Cfr. FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 13-26.

⁴ Vide DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 89.

Estado, estão vinculadas ao âmago das proposições abolicionistas, logo sendo imprescindível que se abra espaço para tal estudo.

Após a apreciação dos temas supramencionados, onde se responderá o *porque* punir, faz-se oportuno buscar atender outra indagação, qual seja *como* se deve punir. Sendo assim, abrir-se-á precedente para que se averiguem os pormenores dos Sistemas Penitenciários dos Estados, que são os meios pelo qual é exercido o *jus puniendi* estatal e por este motivo desenvolvem-se em conjunto, traduzindo aspectos importantes de uma sociedade. Nesse âmbito, cabem-se frisar que se sobressaem alguns modelos Clássicos de Sistemas Penitenciários, que surgem com escopo de sistematizar proposições que possibilitassem o cumprimento mais humano das penas privativas de liberdade, sendo decisivos os pensamentos de Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, nos séculos XVIII e XIX ⁵.

Ainda ao apreciarem-se os pontos proeminentes das penas privativas de liberdade, acentuar-se-ão as intoleráveis adversidades as quais este instituto jurídico vem vivenciando em sua realidade prática. Atualmente, o colapso do Direito Penal é latente e a crise da pena privativa de liberdade é infelizmente uma realidade de existência indubitável. Após ter sido corporificada e massivamente adotada ao final do século XVIII, e ainda ter vivido o seu apogeu durante o século XIX, foi no durante o século XX que a pena privativa de liberdade, passou a experimentar o início de sua derrocada. Motivado por fatores como a superlotação e a corrupção, os sistemas penitenciários entraram em colapso e marcaram a primeira metade do século passado com fatos trágicos em presídios por todo o mundo, os quais se pretenderá apontar como indicadores inquestionáveis de sua completa ineficácia, ilegitimidade e irracionalidade⁶.

Diante de tal lastimável quadro fático, adentrar-se-á apropriadamente nos entremeios do movimento Abolicionista Penal, com a pretensão de fazer-se perceber que o sistema penal hodierno não possui qualquer condição de se relegitimar. Razão pela qual necessita de urgente abolição, para o surgimento de uma coerção estatal mais coerente. Por oportuno, será relevante para melhor entendimento das teorias abolicionistas, a compreensão de aspectos relevantes acerca destas formulações, como a contextualização de suas origens e o esboço de uma conceituação. Ainda, far-se-á viável a compreensão aprofundada desde os seus princípios fundadores e basilares,

⁵ Cfr. GRECO, *op. cit.*, p. 172-181.

⁶ Para um aprofundamento acerca destes fatos trágicos, cfr. OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 8-9.

passando pelo entendimento do âmago de suas proposições, culminando-se com a verificação das inspirações abolicionistas remanescente hodiernamente, para averiguar se existem possibilidades de operacionalizar-se o abolicionismo penal.

Sendo assim, explanar-se-ão as teorizações de seus principais expoentes, nomeadamente *Louk Hulsman* e o que optamos denominar de seu ‘abolicionismo penal fenomenológico’; *Eugenio Raúl Zaffaroni* e seu ‘abolicionismo penal marginal’; *Nils Christie* um ‘abolicionismo penal fenomenológico-historicista’; *Thomas Mathiesen* e um ‘abolicionismo penal de vertente marxista’ e ainda as contribuições abolicionistas de *Michael Foucault* com as incipientes inspirações abolicionistas. Notar-se-á que após a análise de todas as justificativas e proposições abolicionistas, não haverá como reputá-las incoerentes, visto que suas pertinências são inquestionavelmente envolventes.

Na sequência da construção do raciocínio desta pesquisa, ver-se-á que estas teorizações abolicionistas desenvolvidas no final do século passado, a princípio no continente europeu, e que posteriormente angariando adeptos entusiasmados no continente latino-americano, infelizmente hodiernamente mostram-se esmorecidos, por eventos ocorridos no final do século passado, como totalitarismos estatais, guerras civis e o aprofundamento da globalização ⁷, e ainda no início do século coevo, ocorrências como os atentados terroristas. Estes fatídicos eventos acabaram por tumular um direito penal com essência abolicionista, promovendo a instigação de uma falsa legitimidade do direito penal atual, ao aparentar que exclusivamente este seria idôneo para tolher tais acontecimentos.

Sabe-se, que o abolicionismo penal não teve o condão ser implementado, tendo em vista sua suposta insuficiência operacional geraria uma inaplicabilidade prática. Logo, o mundo jurídico mesmo respeitando-o, optou por apenas considerá-lo uma valiosa teoria crítica dos sistemas penais, que se transformaria em inspirador aporte teórico para novas perspectivas na metamorfose necessária a justiça criminal. Desta feita, far-se-á imperioso que se discorra acerca das teorias mais primorosas, que utilizaram ideias abolicionistas para se consubstanciarem. Estas proposições, optamos denominar de ‘*manifestações hodiernas*’ de inspirações

⁷ Cfr. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização “Sociedade de Risco” e o Futuro de Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31-43.

abolicionistas, quais sejam as *penas e medidas alternativas* à pena privativa de liberdade e a *mediação penal e justiça restaurativa*.

As *penas e medidas alternativas* surgem sob o preceito de que na história da humanidade, ainda considera-se a pena como um mal necessário e diante disso, tendo em vista o hodierno Estado Social e Democrático de Direito, buscam-se modalidades de penas que sejam capazes de resguardar devidamente os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, e que ainda não causem lesões à dignidade da pessoa humana ⁸. Por esta razão é imprescindível que se verse acerca destas, posto que sua vertente abolicionista seja nitidamente exprimida quando intencionam a busca por coerções aproximadas da esfera civil e distanciadas da seara penal. Para entender tais institutos com um pouco mais de profundidade, analisar-se-ão aspectos como sua origem e evolução histórica; instrumento legislativo que propiciaram ser fomento, como as *Regras de Tóquio*; e uma breve análise de suas incidências em determinados ordenamentos jurídicos expoentes.

Igualmente neste âmbito, e sob uma perspectiva mais moderna das ciências criminais, onde a instituição jurídica da pena não parece ser tão imprescindível, insurgem-se teorizações que admitem a solução do crime como conflito social - ideia esta inaugurada e aprofundada pelo abolicionismo penal – e, portanto acolhem outras formas de alcançarem-se as finalidades da pena, que não a da penalização do infrator de determinada norma penal. Nesse contexto, corroborado com a inquestionável crise do sistema punitivo vivenciada por praticamente todas as nações é que eclodem as ideias de *Mediação Penal e Justiça Restaurativa*, em uma tentativa incessante de amenizarem-se as mazelas causadas pela sistemática hodierna. Relativamente à estas teorizações enfocar-se-á brevemente aspectos como sua definição; sua perspectiva originária; seus principais modelos; bem como uma apreciação concisa e sintética de sua implementação bem sucedida em alguns países.

Em seguida, alcançar-se-á o ponto ápice desta análise acadêmica, onde inicialmente se pretenderá analisar as dificuldades fático-jurídicas encontradas pelo abolicionismo penal, para sua efetiva aplicabilidade. Estas adversidades são abstraídas primordialmente das principais críticas feitas ao abolicionismo penal. Com isto, de posse do que podemos considerar como os lânguidos aspectos da abolição, far-se-á uma espécie de recolha das proposições abolicionistas no que se refere à sua

⁸ Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 403.

aplicabilidade, para dessa forma, sob uma análise crítica, possam-se apontar os relevantes vetores de uma efetiva operacionalização. Assim, pretende-se suplantar as dificuldades fático-jurídicas de aplicação deste movimento e conseqüentemente fazer-se crer que as faíscas abolicionistas remanescentes, possam se tornar fogo vívido nos ordenamentos jurídicos globais, por meio de um caminho didaticamente organizado.

Faz-se válido frisar que para formulação das tentativas plausíveis para superar as dificuldades retro mencionadas, alguns elementos importantes serão abordados, propondo-se discussões nomeadamente em quatro vertentes, quais sejam acerca da *dogmática penal em questão*, onde se sugerirão medidas transformadoras necessárias; um processo que denominados de '*civilização*' do direito penal, onde buscaremos como poder-se-ia aproximar a coerção estatal do direito civil, afastando-o gradativamente do penal; a consideração de *alternativas à privação da liberdade*, onde se destacarão a melhor forma de proceder à coerção estatal, corporificada em sanções condignas com a modernidade, inclusive os aspectos relevantes de considerar-se o *elemento tecnologia* nesta lógica punitiva.

Ainda, não há como esquivar-se da indispensável *atuação coordenada de políticas públicas*, que conjuntamente com as demais medidas, poderão corroborar na efetiva modificação dos sistemas penais. À partir da aceitação de que estas medidas são de extrema necessidade e demandam uma implementação imediata rumo ao abolicionismo penal, cumprir-se-á versar acerca da importante perspectiva encontrada ao longo da pesquisa, que seria o conclusivo '*abolicionismo constitucional*' da *privação da liberdade*, onde pretender-se-á demonstrar em definitivo a completa ilegalidade e ilegitimidade desta modalidade de pena, pois como veremos, mostra-se inconstitucional.

Portanto, cumpre-se mencionar que o principal objetivo deste ensaio de tentativas, que visarão superar as dificuldades da Abolição Penal, é sistematizar as ideias trazidas ao mundo jurídico, pelas mãos dos grandes abolicionistas estudados na presente pesquisa. Logo, tendo em vista que os críticos desta teoria apontam na sua suposta utopia e a ausência de aplicação prática, um dos seus principais defeitos, acredita-se oportuno que se ensaie o esboço de uma trilha abolicionista, que busque a extirpação do que há de mais nefasto no sistema penal. Assim, objetiva-se o renascimento para um novo ramo do Direito que tutele as práticas delituosas, já que são inerentes a todas as sociedades, necessitando-se que a sanção estatal verdadeiramente emane

humanidade.

CAPÍTULO I

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1- ASPECTOS CONCEITUAIS

Sabe-se inequivocamente que não pertence à natureza humana estar privado de sua liberdade, o homem nasceu para ser livre. Porém, da mesma forma, é da índole do ser humano o agrupamento social, que enseja a produção de normas regulamentadoras para viabilização de sua sobrevivência. Ocorre que, indubitavelmente sempre gerar-se-ão conflitos sociais, podendo ser tidos ou não como crimes. Logo, pode-se afirmar categoricamente que o crime é antigo quanto à própria existência humana e mais, que é fruto de uma criação humana, assim como a pena ⁹.

Apesar de amplamente conhecido, o conceito de pena sempre se faz importante quando do estudo da ciência penal. Nesse contexto, faz-se válido frisar que a origem do conceito de pena, é uma terminologia advinda possivelmente do latim *poena*, significando acoimo, sofrimento e castigo. Ainda existe a possibilidade de ser proveniente do grego *poine*, que etimologicamente significa a imposição de uma dor, de caráter moral ou físico, imputada à alguém que transgride a legislação. Além disso, ainda pode-se considerar derivada do sânscrito *pynia*, que traduziria algo como inocência ou candura ¹⁰.

Nesse diapasão, a conceituação contemporânea de pena, mostra-se deveras mais objetiva. Pode-se ressaltar que mesmo não havendo uma definição única e absoluta de pena, há certa uniformidade entre os vários autores que esculpiram um

⁹ Nesse sentido cumpre-se citar os ensinamentos do jurista Giuseppe Maggiore, que traduz translucidamente a ideia de que o crime e a pena estão visceralmente interligados com a existência humana, aqui com tradução livre que ‘a pena como impulso que revida com um mal ante outro mal que é o delito, é contemporânea do homem, por este aspecto de incoercível exigência ética, não tem nem início, nem final na história’. Vide MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal: El delito. La pena. Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles*. vol. II. Bogotá: Temis, 1972, p.243.

¹⁰ Vários doutrinadores ocuparam-se da temática relativa à origem do conceito de pena, aqui podemos citar cfr. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. vol.II Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 28; BOUÇAS, Custódio de Azevedo. *Verbete Pena*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1981, p.399; NERY, Fernando. *Lições de Direito Criminal*.vol. 2. 2.ed.. Rio de Janeiro: Castilho, 1932, p. 487-513.

conceito de pena ¹¹. Diante disso, pode-se asseverar que pena seria uma medida repressiva estatal que é imputada à alguém que praticou um delito, por meio de uma ação penal, que objetiva prevenir a ocorrência de novos delitos e retribuir o delito já praticado.

Em síntese, pode-se afirmar que doutrinariamente as penas podem ser classificadas em corporais, pecuniárias, restritivas de direitos, privativas de direitos, restritivas de liberdade e privativas de liberdade ¹². As penas privativas de liberdade consistem na privação da liberdade de um indivíduo, com mais ou menos veemência, em razão de prática delituosa, confinando-o em estabelecimento prisional, para que sejam atingidas as primordiais finalidades da pena, penitenciar e resocializar ¹³. Contudo, não há como negar que existe uma desarmonia inexpugnável entre a definição teórica da sanção estatal de privação da liberdade e sua apresentação prática, nomeadamente pela cotidiana transfiguração da pena privativa de liberdade em privativa de humanidade, conforme pretender-se-á demonstrar no estudo coevo.

2- BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O homem, desde os primórdios de sua história, viveu em constante procura de uma situação que ensejasse sua agregação e o agrupamento, para que com

¹¹ Dentre os diversos autores que já se ocuparam desta conceituação, aponta-se alguns. No conceito de Franz von Liszt pena é “(...) o mal que por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito.” in LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. vol.I. trad. de José Hygino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p.400. Acerca de outros conceitos de pena Cfr. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 391; Cfr. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. vol. III. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22; Cfr. NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. vol.I. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 227. Cfr. BENTHAM, Jeremy. *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p. 17.

¹² Cfr. KUEHNE, Maurício. *Teoria e Prática da Aplicação da Pena*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2002. p.27; e ainda SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Parte Geral. Teoria das Penas e Medida de Segurança*. Vol. III. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p.65.

¹³ Vide CAMPOS, Teresinha Borges. *Das Penas Privativas de Liberdade às Penas Alternativas*. Coimbra: Almedina, 2010, p.159.

isso se fizesse possível satisfazer, desde suas necessidades mais basilares, até suas aspirações mais ambiciosas ¹⁴, nesse sentido fundamenta Francesco Carrara:

“Em toda a parte em que viveram homens existiram ofensas recíprocas, pelo impulso das paixões egoísticas, e o direito foi violado; ponde quer que tenha havido violação do direito, imediatamente existiu o desejo de repressão, ao qual se seguiu.” ¹⁵.

Afirmar qual a origem precisa da pena é intangível, tendo em vista que os documentos históricos de povos primitivos não resistiram ao tempo para chegar ao conhecimento de nossa era, sendo possível apenas presumir inexatamente este surgimento ¹⁶. Doutrinariamente, vêm-se optando por destacar seis períodos distintos na evolução histórica da pena, sendo estes a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública, o humanitário, o científico e o hodierno ¹⁷.

O primeiro período do qual se tem notícia, é denominado de vingança privada, tendo como fundamento exclusivamente a retribuição ao mal praticado, objetivando a purificação da comunidade, já que o crime era visto como uma contaminação social ¹⁸. Nesse contexto, nas sociedades primitivas, ainda estruturadas familiarmente e anteriores ao surgimento do Estado, se puniam as transgressões sociais, ressaltando-se que de forma diversa, o membro da tribo e o estranho a ela, podendo-se verificar uma vingança privada de caráter ilimitado ¹⁹.

Ainda sob a égide da vingança privada, identifica-se um período de transição, adquirindo esta um caráter mais limitado, quando do marco na história da

¹⁴ Nesse sentido o jurista italiano Francesco Carrara aduz que “(...) procurar a origem da pena é formula escolástica, mas vazia de sentido, quando se considera a pena de um ponto de vista abstrato especulativo (...) como se homem, conservando sua natureza, pudesse ter existido um instante sem vida.” in CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol.II Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora São Paulo, 2002, p.13-18.

¹⁵ Ibidem, p.14.

¹⁶ Vide CIPRIANI, Mário Luis Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Direito Penal*. Canoas: Ulbra, 2005, p. 20.

¹⁷ Vide FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.07.

¹⁸ Cfr. GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126; e ainda FERNANDES, Newton. *A falência do Sistema Prisional Brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2000, p. 72.

¹⁹ Vide LISZT, *op. cit*, 2003, p. 75.

pena que foi a Lei de Talião, adotada no século XVIII a.C. na Babilônia, desde o Código de Hamurab até a Lei das XII Tábuas, no século V a.C.. Esta foi uma evolução inquestionável no desenvolvimento da pena, já que promoveu mesmo incipientemente, a proporcionalidade entre agressão e punição, possibilitando uma distinção mesmo que sutil entre vingança e pena ²⁰.

Concernente à vingança divina, passou-se a conceber a transgressão social, não como uma agressão apenas ao ofendido ou ao seu clã, neste período a ofensa era tida como insulto ao divino, logo a aplicação da pena era exercida proporcionalmente ao pecado praticado, com fim de satisfazer a ira do deus ofendido, executada pelos sacerdotes. Em seguida, o Estado passou a incumbir-se de solucionar os conflitos sociais por meio da punição, primordialmente na Idade Antiga, instaurando-se o período denominado de vingança pública, com o escopo de fortalecer o poder estatal e proteger o soberano. Vale salientar-se que nesse instante, pôde-se verificar a incipiente aplicação do princípio da individualidade da pena, vez que era punido apenas o praticante do ato delituoso ²¹.

Posteriormente, na Idade Média, emerge o chamado direito Canônico, que era exercido pela Igreja Católica com intensa autoridade sobre o direito europeu ocidental. No decorrer deste período da história, o cristianismo universaliza-se, passando a ser a crença de quase todo o mundo medieval ocidental. Por ser um dos únicos direitos escritos desde o fim do século IX, até meados do século XIII, possui relevante importância. Caracterizam-se pelos julgamentos promovidos pelos tribunais eclesiásticos, ligando visceralmente Igreja e Estado, logo, religião e política.

Já que era um direito com aspectos atrelados à religião, embasava seus preceitos às regras divinas, promovendo a adjetivação da punição como algo sagrado, com o escopo de regenerar os transgressores e redimir os ‘pecados’. Cumpre-se relembrar que na Santa Inquisição, houve o cometimento de atrocidades contra seres humanos, como torturas, medidas atroz, crueldades públicas, o que em tese funcionavam como advertência social. Assim, indivíduos amedrontados, acabavam

²⁰ Cfr. CAMPOS, *op. cit.*, 2010, p. 31.

²¹ Cfr. CARRARA, *op. cit.*, 2002, p.110-111.

intensamente acovardados à ‘pecar’, tamanha desproporcionalidade entre os fatos criminosos e as sanções penais perpetradas ²².

Com o advento da trajetória entre a Idade Média e a Idade Moderna, mostra-se abstrusa a percepção nítida das diferenças entre as duas fases quando dos sistemas jurídicos, em que pese averiguar-se veementemente um desenvolvimento jurídico por toda Europa Ocidental. Os países mudam seu quadro político, tornando-se monarquias, abandonando instituições medievais fundamentais, que é o caso do feudalismo, da nobreza e primordialmente do poder do clero, tendo em vista o absolutismo do poder do monarca. Com isso, unificaram-se os poderes, clamando-se também pela centralização do direito, tornando-se mais escrito, com maior segurança jurídica, compelindo a decadência do direito canônico e privilegiando as proposições do direito romano ²³.

Porém, apesar de afastar-se dos princípios fundadores do direito canônico, a unificação do poder nas mãos do monarca, ensejava um sistema penal que contradizia plenamente os princípios da recém inaugurada filosofia do racionalismo. Isto porque as sanções punitivas utilizadas ainda mantinham torturas e mortes. Assim, estabelecia-se um dilema entre os preceitos racionalistas de limitação do poder do Estado e ainda a concentração de poder nas mãos deste. Portanto, fazia-se impossível fortalecer e limitar o Estado conjugadamente ²⁴.

Diante disso, fatigados da desproporcionalidade entre as condutas e as sanções cruéis, bem como as demais barbaridades promovidas pelo Estado, já na transição entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea, vários pensadores e filósofos do século XVIII, voltaram-se a revolucionar aspectos políticos e jurídicos. O movimento Iluminista propagou ideias, como a soberania do povo, a separação dos poderes, o princípio da legalidade, os direitos do homem, sempre voltados para razão e humanidade, nomeadamente nas obras de Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Beccaria.

²² Cfr. FO, Jocoipo; TOMAT, Sergio; MALUCELLI. *O Livro Negro do Cristianismo*. Tradução de Mônica Braga. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 133-153, no que se refere ao Direito Canônico e a torturas contra os seres humanos durante a Santa Inquisição na Idade Média.

²³ Vide GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 244-249.

²⁴ Vide GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p.414-415

No século XIX, a Europa preocupou-se em pensar o cerne do direito punitivo estatal, assim como as fundamentações justificadoras da pena, para que com isso fosse possível uma reformulação na dogmática penal, coadunando com o liberalismo e o iluminismo. Almejava-se a extirpação de certos modelos punitivos cruéis e atroz, bem como a drástica diminuição de outras penas, como a capital, contrapondo-se ao direito penal da Idade Média ²⁵.

Nesse contexto, faz-se oportuno citar os pensamentos do filósofo Beccaria. Este publicou sua obra denominada *Dei delitti e dele pene* no ano de 1764, passando a advertir acerca da ilegitimidade da tirania dos governos da época, clamando pela a humanização das leis. Seu empenho foi decisivo para instaurar-se uma nova era na evolução do Direito Penal. Este se posicionou contra a pena capital, às penas de caráter atroz, como torturas, ainda à procedimentos processuais inquisitivos, sublinhado a deferência aos direitos humanos ²⁶.

Então, tomados pelos princípios norteadores do iluminismo, estabeleceram-se ligações do Direito Constitucional com o Direito Penal, passando as constituições à resguardarem os direito humanos em matéria penal. Estes princípios do Direito Penal passaram a garantir para sociedade, um poder punitivo do Estado limitado, arraigando estes nos ordenamentos jurídico-penais desde então ²⁷.

Estes antecedentes históricos do iluminismo propiciaram o surgimento de uma dogmática moderna do direito penal, respeitando a dignidade humana, instaurando mesmo que embrionariamente, o aspecto humanitário das ciências penais, considerando-se uma etapa preliminar de pensamentos abolicionistas, ou ainda um movimento antecipatório da abolição do sistema penal.

Entretanto, mesmo sendo inegáveis os subsídios humanistas nascidos no iluminismo, acerca do Direito Penal, estes possuíam restrições, já que este movimento, no final do século XIX, não suportou as pressões exercidas pelas revoluções econômicas do capitalismo contemporâneo. Estados em franca anemia

²⁵ Cfr. FERRI, Enrico. *Criminal Sociology*. Teddington: The Echo Library, 2007.

²⁶ Cfr. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 121-124.

²⁷ Cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 15, p. 81, 1996).

propiciaram a emersão de problemas como desemprego, insegurança pública e exclusão social. Válido ressaltar também, o totalitarismo estatal, as ditaduras, as guerras durante o século XX, fatores esses que corroboraram para olvidarem-se absolutamente as ideias iluministas, com atentados terroristas provocados no início do século XXI, enterrando na prática um direito penal humanitário ²⁸.

2.1-PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NA IDADE ANTIGA

Pode-se aduzir que as primeiras verificações de privação da liberdade foram ainda na Antiguidade Clássica. Porém, nesta época, esta não era tida como uma modalidade de pena ou uma sanção penal, sendo apenas utilizadas para custodiar-se os infratores, com o escopo de assegurarem a execução da pena, já que as penas costumavam ser deveras mais cruéis do que a privação da liberdade ²⁹.

Destarte, as várias sociedades da Idade Antiga, não utilizavam a privação da liberdade como sanção penal, apenas como custódia preventiva. Para exemplificar a crueldade das penas utilizadas no Código de Hamurabi, simples delitos patrimoniais eram punidos com a expulsão do infrator da cidade ou até mesmo ateando fogo ao seu corpo. Já no Direito Penal do povo persa, utilizava-se primordialmente a pena de morte, por meio de crucificação, apedrejamento, esquartejamento e sepultamento em vida ³⁰.

De forma semelhante acontecia nas sociedades antigas de Grécia e Roma, não havendo indicativos de que a privação de liberdade fosse forma de sanção penal, sendo esta apenas uma maneira de resguardar-se e garantir-se a regular aplicação da lei penal. Este raciocínio é evidenciado em excerto um do Digesto analisado pelo jurista Marvin Wolfgang, onde Ulpiano diz que “*Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*”, ou seja, a prisão não convém ao castigo humano, mas

²⁸ Cfr. BELUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 25-28.

²⁹ Sob uma perspectiva analógica, a privação de liberdade era equivalente à hodierna prisão preventiva. Cfr. CIPRIANI, *op. cit.*, 2005, p. 24.

³⁰ Cfr. PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999, p. 356-358.

tão somente para custodiá-lo ³¹. Portanto conclui-se que de maneira geral na Idade Antiga, as sanções penais resumiam-se à pena de morte e penas corporais, ao passo que a privação da liberdade era apenas utilizada para que os infratores aguardassem o julgamento e a execução de suas penas, logo com o objetivo exclusivo de garantir a aplicação da lei penal.

2.2-PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NA IDADE MÉDIA

No período histórico da Idade Média, assim como na Antiguidade Clássica, não é verificada a utilização da privação da liberdade como sanção penal consistente, conforme aponta Cezar Roberto Bitencourt “*Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece.*” ³². Nessa época também se privilegiava as penas de morte e as penas corporais, sendo utilizada a privação de liberdade em ocasiões incomuns e a delitos menos graves. Ressalta-se que a principal finalidade da pena neste período da história da humanidade, era causar o medo coletivo, atingido com mais eficiência por penas cruéis, como amputações, mutilações e diversos modos cruéis de morte ³³.

Acerca deste contexto histórico, assevera Eugene Pasukanis que “*As penas transformaram-se em meios de extermínio físico e de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das execuções capitais mais bárbaras.*” ³⁴. Diante disso, prova de que as penas privativas de liberdade não eram efetivamente utilizadas, já que eram preteridas em detrimento de penas mais cruéis. Ratificam-se também pela ausência de construções arquitetônicas desta época, com a finalidade de custodiarem-se transgressores, ou seja, não haviam penitenciárias, já que eram utilizados apenas porões e calabouços ³⁵.

³¹ WOLFGANG, Marvin E. Crime and Punishment in Renaissance Florence. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Autumn , n.3, vol. 81, p. 567-584, 1990.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999. p. 459.

³³ Ibidem, p. 16-19.

³⁴ PASUKANIS, Eugene B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 150.

³⁵ Vide. CIPRIANI, *op. cit.*, 2005, p. 28.

2.3-PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NA IDADE MODERNA

Afirma-se com veemência que é à partir da Idade Moderna que verificar-se-ão as primeiras indagações e perquisições acerca das finalidades da pena, já com a estruturação de um raciocínio deveras mais coerente. Frisa-se que é nesta contextualização o início de um pensamento do direito penal mais humanitário, buscando responder os anseios de quais as consequências teóricas e práticas das penas, combatendo-se as barbaridades cometidas até então ³⁶.

É em virtude destas transformações no pensamento da dogmática penal, que emerge a pena privativa de liberdade como sanção penal, cumprindo-se ressaltar que passam a ser ponderados limites às punições. Estas limitações tem como parâmetro a humanidade, refletindo em uma reestruturação na ideia de pena, deixando de ser a vingança, passando a ser pura e simplesmente a punição. Nesse sentido aduz Michel Foucault:

“Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade” (...) Tem-se a impressão que o século XVIII abriu a crise dessa economia e propôs para resolvê-la a lei fundamental de que o castigo deve ter ‘humanidade’ como ‘medida’” ³⁷.

Nesse diapasão, como brilhantemente exposto por Foucault, a reforma ocorrida na Idade Moderna no que diz respeito às penas, foi uma espécie de estratégia para massificar uma nova maneira de exercer o poder de punir, leia-se:

“E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas

³⁶ Cfr. STRATENWERTH, Günter. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: CIDPFD, 1996, p.09.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999, p.63-64.

punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade (...)”³⁸.

Então, diante na nova dogmática penal, apesar de as penas serem mais brandas do que as cruéis praticadas até então, sentiu-se com o desenvolvimento social da época, a necessidade de se punirem mais e mais condutas, tornando-se o cenário perfeito para a emanção de uma nova modalidade de pena, a privação da liberdade³⁹. Dessa forma, ao invés das penas existirem como vinganças tórridas e atrozes, que poderiam tornar o criminoso um mártir, passou-se a utilizar a privação de liberdade, já que assim o criminoso degustaria diariamente do castigo por sua transgressão, até o fim de sua vida.

Tão logo se originou, a pena privativa de liberdade passou a ser a principal forma de castigo e assim como é até os tempos hodiernos⁴⁰. Esta forma de punir foi massivamente fomentada⁴¹ por diversas razões, primeiro porque como as condutas tipificadas haviam aumentado significativamente, não se fazia oportuna a utilização da pena capital para tantas pessoas. Em outro esteio justificava-se, pois conforme assegura René Dotti, percebeu-se que “(...) *seria mais lucrativo que a imposição da pena capital a exploração do braço penitenciário para a execução de muitos trabalhos.*”⁴².

³⁸ Ibidem, p. 69-70.

³⁹ Nesse sentido ainda ressalta Helena Machado, quando ratifica que “(...) Foucault encara a prisão como um dos vectores de tecnologia política do corpo, por processos de vigilância e delimitação rigorosa dos corpos no espaço e no tempo, considerando que a prisão é uma <<escola do crime>> (...)” Vide MACHADO, Helena. *Manual de Sociologia do Crime*. Porto: Edições Aforamento, 2008, p. 115. Ainda nesse mesmo contexto são as proposições de Edmond Locard que assevera que “(...) *não existem verdadeiros profissionais do crime senão após sua passagem por estabelecimento penitenciário (...)*” apud FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Criminologia Integrada*. 4.ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 574.

⁴⁰ Indispensável a leitura de Vigiar e Punir de Michel Foucault, que magnanimamente adentra nos vértices mais meticulosos da temática. Vide FOUCAULT, *op. cit.*, 1999, p. 09-108.

⁴¹ Nesse sentido faz-se válido mencionar os apontamento de Guzman, quando aduz que “(...) *na segunda metade do século XVI, iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento da penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.*” Vide GUZMAN apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993, p.24.

⁴² Vide DOTTI, *op. cit.*, 1998, p. 35.

2.4-PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NA IDADE COMTEMPORÂNEA

Sabe-se, como já supramencionado, que a pena privativa de liberdade hodiernamente, ainda é a modalidade de sanção penal mais utilizada em todo o mundo. Cumpre-se destacar que quando se discorre acerca da historicidade do instituto jurídico 'pena', percebe-se indubitavelmente tratar-se de um extenso percurso que se inicia com a imposição de punições desumanas, atrozes e severas. Ao passo que se desenvolvem, vão à procura de sanções cada vez mais eficientes e que diminuam os danos causados ao ser humano ⁴³.

Nesse sentido, a evolução das penas é semelhante em todas as sociedades, evidenciando que se pode almejar um futuro para a dogmática penal, com reformulações realmente efetivas, é o que assegura Fran von Liszt. Ainda nesse diapasão, o jurista alemão pugna por um despertar do ser humano, para que perceba que não há como arraigar-se imutavelmente à soluções do passado, para solucionar questões sociais atuais e somente desta maneira alcançar-se-á um aprimoramento da ciência penal ⁴⁴.

Assim, culmina-se o presente raciocínio com a certeza de que na Idade Contemporânea, em que pese ainda hoje utilizarem-se modalidades de penas emergidas em outro contexto histórico, com outra realidade social e portanto, obsoletas, como a privação da liberdade, mostra-se a alarmante necessidade de os dogmas penais experimentarem novas maneiras de pensar a punição, evoluindo para o abandonando de penas ultrapassadas.

⁴³ Nesse sentido asseverou Miguel Reale Júnior que a “*história do Direito Penal é a história de um longo processo de humanização da repressão*” vide RELAE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Vol.II. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.03.

⁴⁴ Vide LISZT, *op. cit.*,2003, p. 74.

3- FINALIDADES DA PENA

Desde a Antiguidade Clássica, indagava-se acerca das finalidades da pena, sendo objeto de estudo dos filósofos da época à exemplo de Platão que asseverava o caráter exclusivamente retributivo da pena, posto que para ele deveria ser imposto castigo à quem cometesse desvio social ⁴⁵. Entretanto, foi somente na Idade Moderna, com o surgimento das teorias contratualistas, emergiram teorias corporificadas que ensejavam fundamentar efetivamente o *jus puniendi* do Estado ⁴⁶.

Logo, nesse esteio conjuntural de raciocínio, ao analisarem-se as finalidades da pena, não se pode deixar de levar em conta a função própria do Direito Penal que em linhas gerais é a proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes. Assim, originaram-se teorias que esculpíram as finalidades da pena, para que assim legitimassem não só a punição, como o próprio Direito Penal.

Diante disso, na doutrina jurídica coeva verificam-se dois principais vieses acerca desta proposição, sendo estas as teorias legitimadoras e as teorias deslegitimadoras. As teorias que visam legitimar a pena e para isso constroem fundamentações de caráter absoluto, relativo ou misto ⁴⁷. Nesse momento, mostra-se oportuno versar acerca destas teorias, já que as teorias de deslegitimam a pena, primordialmente a privativa de liberdade, serão objeto de estudo específico subsequente, tendo em vista que estão vinculadas ao objeto central da presente pesquisa.

3.2- TEORIAS DE RETRIBUIÇÃO

As teorias da finalidade da pena, que possuem cunho absoluto ou retributivo, acreditam que a sanção penal é legítima ao passo que se um indivíduo pratica determinada transgressão, deve receber uma punição por isso, para que assim

⁴⁵ Nesse esteio, cumpre-se ressaltar excerto de obra do Platão, que indica seu ponto de vista: “*a pena, quando merecida por quem a recebe, tem por objetivo torná-lo melhor ou servir de exemplo para outros, a fim de que estes, vendo-os sofrer o que sofrem, se atemorizem e se tornem melhores.*” Vide .MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 21-22.

⁴⁶ Vide CARVALHO, *op. cit.*, 2003, p. 124.

⁴⁷ Vide QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.69.

haja uma compensação ao mal praticado ⁴⁸. Portanto, admite-se aqui, que a pena tem um “fim em si mesmo”, justificando-se a sanção sob a lógica de que um mal deve ser respondido com outro mal, para que a justiça continue imperando ⁴⁹.

Pode-se considerar que estas teorizações emanaram do idealismo alemão e por este motivo é importante trazer as proposições feitas pelo Filósofo Kant, que em sua obra *Metafísica dos Costumes*, pondera a pena como um imperativo indispensável à manutenção da justiça, portanto aduzindo que seu fim é o estabelecimento de equilíbrio social, vez que toda violação pública merece sanção. Pode-se verificar tal posicionamento nos excertos kantianos abaixo:

“(...) O direito de punir é o direito detido por um chefe de Estado relativamente a um súdito de infligir-lhe dor por ter este cometido um crime. (...) Ninguém é objeto de punição porque a quis, mas porque quis uma ação punível, pois não constitui punição se aquilo que é feito a alguém é o que ele quer e é impossível querer ser punido.” ⁵⁰.

Já em outro viés, podem-se apontar os enunciados de Hegel, que como Kant voltou-se a dissertar acerca da finalidade retributiva da pena. No entanto diverge deste, posto que acredite que esta finalidade de retribuição, não está voltada para a manutenção absoluta da justiça pública, mas sim parte da mais lúdica razão, que se confirma pela dialética intrínseca ao direito ⁵¹. Hegel estende-se sobre a temática em sua obra *Princípios de Filosofia do Direito*, onde aduz que a transgressão cometida constitui-se em ofensa ao próprio direito e em razão disto deve ser proporcionalmente retribuída para restaurá-lo. Ficando evidente quando assevera:

“En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la existência que tiene el delito, y qué se debe anular;

⁴⁸ Vide CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2003, p. 120-124.

⁴⁹ Vide ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p.82.

⁵⁰ Vide KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.176-178.

⁵¹ Vide ROXIN, *op. cit.*, 1997, p. 83.

*aquella es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existência esté.”*⁵².

Destarte, conclui-se que as teorias de Kant e Hegel, apesar de ambas identificarem o caráter retributivo da pena, estas divergem quanto à fundamentação jurídica, já que na visão kantiana a pena é a manutenção da justiça pública, ao passo que na ótica hegeliana é a reafirmação da legislação penal proporcionalmente à negação ao próprio direito. Pode-se dizer então que Kant assemelha-se as proposições da vingança de Talião, ao passo que Hegel possui uma fundamentação que prioriza a supremacia do Direito Penal com proporcionalidade⁵³.

Por conseguinte, a visão das teorias retributivas da pena mostram-se hodiernamente ultrapassadas, tendo em vista que não coadunam com a dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, já que conceber que o único fim aplicado a pena seja a retribuição do mal pelo mal, não pode ser aceito, em razão da evolução da ciência penal⁵⁴.

3.3-TEORIAS DE PREVENÇÃO

Em razão do aumento massivo da interferência estatal nas relações sociais, ocorrido após o surgimento do Estado Social, o caráter vingativo da pena começa a perder força, fazendo-se um cenário que possibilitou o surgimento de teorias que buscassem fins úteis para punição do Estado. Pode-se afirmar, que tais teorizações, amparam-se nas assertivas do filósofo do Império Romano Sêneca, que já afirmava o brocardo “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”⁵⁵.

⁵²Vide HEGEL, Guillermo Frederico. *Filosofia Del Derecho*. Tradução de Angélica Mendonza de Monteiro. Buenos Aires: Claridad, 1968, p.108.

⁵³ Vide ROXIN, *op. cit.*,1997, p. 83.

⁵⁴ Nesse sentido ratifica César Roberto Bitencourt, quando pontua que “(...) *uma teoria da pena que se fundamenta na retribuição do fato (pecado) cometido, que necessita de castigo para sua expiação, identifica-se melhor com argumentações religiosas do que jurídicas.*” vide BITENCOURT, *op. cit.*, 1993, p. 115-118.

⁵⁵ A tradução do excerto é “*Nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.*” Vide BITENCOURT, *op. cit.*,1993, p. 115.

Os teóricos que se ocuparam de formular teses de cunho preventivo opunham-se veementemente ao pensamento dos retribucionistas. Isso porque se na teoria absoluta leva-se em consideração apenas a transgressão já ocorrida, ocupando-se em retribuí-la, a teoria relativa ou de prevenção, visualiza os reflexos futuros da pena nas relações sociais ⁵⁶. Com isso, se passa a aglutinar à pena a utilidade de prevenir a incidência criminal, valendo-se ressaltar que doutrinariamente identifica-se uma subdivisão entre estes teóricos, quais sejam os que defendem a prevenção geral e aqueles que amparam a prevenção especial ⁵⁷.

Nos estudos de Beccaria, percebe-se nitidamente esta nova percepção acerca da pena, já que deixa de tomar a pena como um mero tormento à um indivíduo que praticou desvio social no passado, passando a tê-la como forma de impedimento de que este mesmo membro social venha a possuir nocividade àquela coletividade e ainda no restante dos componentes da sociedade, ratificar a obrigatoriedade de manterem-se agindo em conformidade com as disposições legais ⁵⁸.

Relativamente à prevenção geral, esta consiste em admitir que a pena, possui como fim maior, intimidar os elementos da coletividade, à partir da tipificação penal de determinadas condutas, o que seve como advertência das possibilidades em que o Estado pode exercer seu poder coercitivo de sanção penal ⁵⁹. Em contrapartida, as teorias que vinculam seu raciocínio à prevenção especial, consubstanciam-se em afirmarem que a finalidade mor da pena, seria inibir o delinquente em especial, a não praticar novos fatos delituosos, ou seja, prevenir a reincidência ⁶⁰.

⁵⁶ Nesse sentido Aníbal Bruno aduz que “*Para as teorias relativas ou finalistas, a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve, como instrumento de prevenção do crime.*” In BRUNO, *op. cit.*, 1967, p. 34.

⁵⁷ Vide CAMARGO, Antonio L. C. *Sistema de penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p.45.

⁵⁸ Vide BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 84-85.

⁵⁹ Expõe Figueiredo Dias que “*(...) oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado no problema dos fins das penas; e, também, um entendimento suscetível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos e para o qual, por conseguinte, não se encontra ainda hoje alternativa viável.*” In DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 102.

⁶⁰ Aníbal Bruno aduz que “*Nas teorias relativas o crime é apenas um pressuposto; a razão de ser da pena está no fim que lhe atribua – prevenção geral, pela intimidação; prevenção especial, pela emenda ou segregação do condenado.*” in BRUNO, *op. cit.*, 1967, p. 34.

Aponta-se como um dos maiores expoentes da prevenção geral Anselm Feuerbach, que formulou teoria nesta linha de raciocínio, denominada de “teoria da coação psicológica”, a qual analisa a finalidade da pena como uma coação psicológica institucionalizada pelo Estado, que viabiliza coibir as práticas delituosas, criando em potenciais criminosos, razões veementes para não delinquirem. Cumpre-se ressaltar que entre os pensadores que comungam desta teoria estão Jeremy Bentham, Cesare Beccaria, Arthur Schopenhauer e Gaetano Filangieri, conforme bem salienta Cézaro Roberto Bitencourt ⁶¹ “*El Estado tiene que servirse del medio através del cual al ciudadano le resulte psicológicamente imposible dañar; mediante el cual le determine a no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello (...).*” ⁶².

Já no que diz respeito à prevenção especial, pode-se considerar como um dos teóricos preponderantes desta corrente, Franz von Liszt ⁶³, já que em sua teorização, conclui que a finalidade da pena é proteger os bens-jurídicos tutelados pelo Direito Penal, por meio da ingerência desta na pessoa do delinquente, coibindo a prática de novos delitos. Verificam-se tais proposições quando alega que:

“(...) a pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os mais instintos ou de modificar o caráter do delinquente” ^{64 65}.

⁶¹ Vide BITENCOURT, *op. cit.*, 1993, p. 76

⁶² Vide FEUERBACH, *apud* LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1999, p.40.

⁶³ Nesse esteio explicita Mir Puig, senão vejamos: “*La función de la pena es, pues, para von Liszt la prevención especial (frente al ya delincuente), por medio de la intimidación, la corrección y la inocuización*” in PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2003. p.57.

⁶⁴ LISTZ, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁵ Afiliaram-se à estas proposições, conforme assegura Paulo Queiroz, pensadores como Dorado Montero, com seu correccionalismo espanhol, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo, com seus positivismos italianos, entre outros como Filippo Gramática e Marc Ancel *vide* QUEIROZ, *op. cit.*, p. 77.

3.4- TEORIAS ECLÉTICAS

Tendo em vista que as teorias acima explanadas separadamente, não possuíam o condão de asseverarem conclusivamente as finalidades da pena na dogmática penal, surgiu uma terceira vertente acerca da discussão. As teorias ecléticas, também denominadas de mistas, pretenderam aglutinar as demais teorias, com o escopo de unificá-las, formulando assim uma teoria complexa e completa dos fins da sanção penal, que consolida os aspectos positivos das teorizações absolutas e relativas ⁶⁶.

Cumpre-se mencionar que estas teorias tiveram uma enorme aceitabilidade no universo jurídico, já que possibilitaram uma solução satisfatória aos anseios por uma resposta definitiva das funções da punição, ganhando uma predominância nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. Porém, estas teorias em seu primeiro momento, apenas operacionalizavam a junção dos pensamentos retributivos com os da prevenção especial, portanto, apresentando certas limitações e problemas. Nesse sentido lecionam Hassemer e Conde:

“El problema de estas teorías de la unión es su falta de consistencia teórica y política pues, ciertamente, limitan las teorías absolutas y relativas en lo que pueden tener de contrarias a una concepción moderna del Estado y del Derecho penal, pero no están en condiciones de dar una orientación y una fundamentación consistente a las finalidades de la pena.” ⁶⁷.

Diante deste contexto, em um segundo momento das teorias ecléticas, a doutrina jurídica ocupou-se em edificar esta teorização, com formulações ainda mais aprimoradas, merecendo destaque a Teoria Dialética Unificadora, protagonizada pelo jurista Claus Roxin, que supera a insuficiência deixada por todas as demais teorias, aduzindo que pena a finalidade da pena deve estar vinculada a proteção de bens jurídicos indispensáveis à existência social e ainda que a conduta punida oponha-se imprescindivelmente ao interesse público legal.

Assim, o jurista em suas formulações aponta que deve ser observada a prevenção geral na cominação da pena, já na aplicação da pena, prima considerar-se a

⁶⁶ Cfr. PUIG, *op. cit.*, 2003, p. 59-66.

⁶⁷ Vide HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco M. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p.161.

prevenção geral, bem como a especial e ainda na fase de execução da pena, postula pela priorização da prevenção especial, pugnando pela ressocialização do apenado ⁶⁸. Válido frisar que os fundamentos destas conjecturas, foram desenvolvidos em sua obra *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, onde o autor afirma:

“Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida de culpa.” ⁶⁹.

4- SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

A gênese dos Sistemas Penitenciários é ensejada pela instauração do Estado de Direito, sendo à partir disto testados vários métodos que transformassem a privação da liberdade, para que houvesse o abandono da sua propagação de sofrimento, para alcançar a almejada ressocialização do criminoso. Assim, pode-se vislumbrar nesse processo evolutivo, a existência de sete modelos, quais sejam Pensilvânico, Auburniano, Progressivo Inglês, Progressivo Irlândes, de Elmira, o de Montesinos e o Borstal, como bem elenca Edmundo Oliveira ⁷⁰.

O Sistema Penitenciário Pensilvânico, foi utilizado na Filadélfia e caracteriza-se por optar pelo isolamento completo do interno, restringido ao máximo sua liberdade social, já que poucos trabalhos eram permitidos e até mesmo estes deveriam ser realizados individualmente dentro de cada cela. Acreditava-se que o isolamento ensinaria a auto reflexão, promulgando o arrependimento. Desta feita, tal sistema

⁶⁸ Relativamente à sua teorização, Claus Roxin aduz que *“La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima pues, cualquier utilización sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivo-especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.”* in ROXIN, *op. cit.*, 1997, p. 98.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 2004, p.40.

⁷⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.51.

possibilitava uma maior vigilância e inviabilizava rebeliões e motins. No entanto, acabava por não resocializar o apenado ⁷¹.

Com as severas críticas ao sistema supramencionado, em virtude de sua severidade e ineficácia, surgiu o Sistema Penitenciário Auburniano remontando-se ao início do século XIX, na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, onde foi implantado. Nesse modelo não eram autorizadas as visitas, porém as atividades laborais eram praticadas conjuntamente, pontuando-se que deveria ser em silêncio, pois aos internos, não era permitida a comunicação, razão pela qual passou a ser lembrado como sistema do silêncio. Assim como o pensilvânico, este sistema fracassou com relação à recuperação dos presos ⁷².

Quando fala-se em Sistema Progressivo Inglês, válido pontuar que estes foi idealizado à partir da falta de êxito dos sistemas anteriores, pelo inglês Alexander Maconochie, em 1840. Este sistema preocupava-se nitidamente com a reintegração social do transgressor, que acabava por acontecer paulatinamente, norteadas pela conduta deste, ao longo do cumprimento da pena, o trabalho que este exercia e a gravidade do delito cometido. Estas etapas, denominadas de *Mark System* eram três, sendo a primeira de isolamento completo, como no sistema pensilvânico; a segunda que permitia o trabalho coletivo, mas com a lei do silêncio vigorando e a terceira que previa o livramento condicional, com uma liberdade limitada, até sua liberdade definitiva ⁷³.

Este sistema possuiu uma grande aceitação por toda a Europa, tendo em vista que se mostrava deveras mais eficiente que os demais. Ocorre que posteriormente, acabou por ser suprido pelo Sistema Penitenciário Progressivo Irlandês, que surgiu em 1854, por Walter Crofton, que aprimorou o progressivo anterior ao

⁷¹ Com relação a este sistema, Cezar Roberto Bitencourt afirma que “(...) já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações” in: BITENCOURT, *op. cit.*, 1993, p. 94.

⁷² Interessante se faz trazer excerto da doutrina de Edmundo Oliveira acerca deste sistema, senão vejamos: “Interessante anotar que a desumana imposição das regras do silêncio propiciou o aparecimento da linguagem indireta, utilizada, universalmente, até hoje pelos presos, por via de gestos, leitura dos dedos ou dos lábios e pancadas nas paredes.” In OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 52.

⁷³ Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 176.

acrescentar uma etapa intermediária, a qual consistia em atividade laboral externa com recolhimento noturno em estabelecimento prisional. Este sistema foi aceito massivamente por diversos países por todo o mundo e em alguns ainda permanece sendo utilizado até os dias hodiernos ⁷⁴.

Já o Sistema Penitenciário de Elmira, surgiu já na segunda metade do século XIX, que assemelhava-se com o progressivo irlandês, mas destinava-se aos internos considerados primários, na faixa etária de 16 à 30 anos de idade. Ressalta-se que as sentenças destes condenados eram relativamente indeterminadas, já que somente previam uma pena mínima e máxima, podendo alcançarem a liberdade condicional em mais ou menos tempo, dependendo de seus comportamentos. Com um sistema bem definido de marcas ou vales, ainda fomentava a prática esportiva. Mas, tendo em vista o rigoroso tratamento militar que era dispensado aos jovens, bem como a superlotação, este sistema declinou ⁷⁵.

No que se refere ao Sistema Penitenciário de Montesinos, são verificadas certas diferenças deste para com o progressivo irlandês. Foi formulado pelo coronel espanhol Manuel Montesinos y Molina, que dedicou parte da sua vida à causa carcerária ⁷⁶. Este pugnava pela não utilização da etapa de isolamento absoluto; pelo extermínio de castigos corporais e infamantes; por implantação de trabalho remunerado; pela concessão de saídas temporárias; e ainda uma liberdade condicional incipiente. Esse modelo revelou resultados extraordinários, mas por motivos políticos foi abandonado ⁷⁷.

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: Parte geral*. v. 1. 6.ed. São Paulo: RT, 2006. p.544.

⁷⁵ GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 179.

⁷⁶ Rogério Greco transcreve frases emblemáticas do Coronel Montesinas, que traduzem bem sua dinâmica sistemática para melhorar o sistema carcerário, como “*Aqui entra o homem; o delito fica na porta*”. MONTESINOS *apud Ibidem.*, p. 179.

⁷⁷ Segundo Edmundo Oliveira, essa motivação de cunho político para que esse sistema excelente fosse abandonado, se deu porque “*O regime laboral do Sistema de Montesinos era tão eficiente que os fabricantes e artesãos, em virtude da competição, apresentaram reclamação (...) O governo atendeu os clamores dos empresários livres e logo a produção na prisão foi diminuindo, perdendo a qualidade, chegando ao ponto de não conseguir matéria-prima e sofrer forte campanha publicitária colocando em descrédito o trabalho na prisão.*” in OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 55.

Por fim, ainda faz-se oportuno versar acerca do Sistema Penitenciário Borstal, que foi formulado já no início do século XX, em terras inglesas, que visava internar adolescentes transgressores, na faixa etária de 16 a 21 anos. Considera-se tal sistema como um precursor da denominada casa penal de albergado, pois os presos passaram a conceber as suas moradas como prisão, pois nesse modelo a fiscalização é quase irrisória o que viabiliza uma reinserção social mais eficiente e natural ⁷⁸.

5- A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A falência da dogmática penal pode ser nitidamente evidenciada pela latente animalização dos homens internos no sistema prisional. Sendo tolhidos de quase todos os seus direitos e garantias fundamentais, infelizmente os encarcerados no século XX, passaram a ter sua dignidade humana extorquida pelo próprio Estado, sob fundamentações de ressocialização, que jamais foram hábeis a sequer iniciá-la, assoalhando a completa irracionalidade dos já dilacerados dogmas do Direito Penal ⁷⁹. Nas palavras de Salomão Shecaira:

“(...) é mais barato excluir e encarcerar as pessoas do que incluí-las no processo produtivo, transformá-las em ativas consumidoras (...) as prisões são também locais (...) em territórios tão próximos de masmorras medievais (...) Cada vez mais são mão de via única, liquefazendo-se o velho e surrado discurso da ressocialização.”⁸⁰.

Essa situação periclitante vem sendo bradada há algum tempo, à exemplo do grito de alerta promovido pelo filósofo Michel Foucault, em sua supracitada obra *Vigiar e Punir*, em meados as década de 70. Concepções que foram retomadas nos estudos de vários outros juristas como Louk Hulsman, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nils Christie e Thomas Mathiesen, que se dedicaram à expor a real situação da execução das

⁷⁸ Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p.181.

⁷⁹ Walter e Nilton Fernandes, aduzem que *“(...) faz-se incontestável que está em gradativa decadência o ideário da pena de prisão (...) Reformas profundas são imprescindíveis à efetiva humanização da justiça penal e sua harmonização com a realidade atual.”*. Vide FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, 2012, p. 578.

⁸⁰ Vide SHECAIRA, *op. cit.*, 2011, p. 13-15.

penas privativas de liberdade, possibilitando a identificação das mazelas atuais do direito penal. Segundo Hulsman *“Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos.”*⁸¹.

À partir disso, pode-se pontuar alguns fatores bárbaros que emanam da privação da liberdade, promulgadores da atual crise desta modalidade de sanção penal. Dentre estes, cumpre-se salientar a irracionalidade do sistema penal, que é de percepção quase óbvia. Isto porque, como já mencionamos anteriormente, adotou-se primordialmente como finalidade da pena, a Teoria Dialética Unificadora, que consiste em fundar a sanção penal na prevenção de novos delitos e ressocializar o transgressor. Porém, a privação de liberdade moderna, não atendi à nenhum desses fins, sendo irracional algo que não atende aos fins destinados, permanecer existindo. Nesse diapasão, assevera Hulsman que:

*“O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados.”*⁸².

Ainda concernente a execução da privação de liberdade, pontua-se que o custo de manutenção de um condenado é dispendioso, e desperdiça recursos estatais que poderiam ser utilizados para investimentos em áreas sociais que realmente prevenissem a criminalidade. Nessa perspectiva, Nils Christie ainda ressalta outra questão importante, que é existência de uma indústria lucrativa do controle do crime, tanto quando há a privatização das penitenciárias, quanto nos cárceres. Nas palavras deste jurista:

*“(…) cárcel quiere decir dinero. Mucho dinero. En los edificios, en el equipamiento y en la administración. Esto es así, se trate de una cárcel privada o estatal. En los sistemas occidentales siempre intervienen empresas privadas, de una manera u otra.”*⁸³.

⁸¹ Vide HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. Trad. Maria Lúcia Karam. 1.ed. Niterói: Luam, 1993, p. 61-62.

⁸² Ibidem., p. 63.

⁸³ Vide CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*. Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993. p.106.

Diversas outras situações desumanas se põem, como a famigerada seletividade do sistema penal. Isso ocorre a medida em que é notória a prevalência nas penitenciárias, dos indivíduos menos abastados e humildes da sociedade. Propicia a propagação da violência, já que a lei da ação e reação impera, ou seja, o sistema age com altos níveis de brutalidade, obtendo resposta igual dos encarcerados. Ainda havendo que se falar de vários outros problemas como os índices culminantes de corrupção, fatores esses que delatam a bestial incongruência entre o discurso jurídico-penal e a realidade prática. Com relação à estes aspectos, explicita Zaffaroni:

*“Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal (...) A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias, não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.”*⁸⁴.

Não se pode olvidar que o sistema penal atual, além de não ressocializar o indivíduo, exerce uma função nocivamente estigmatizante, já que o egresso desse sistema é etiquetado eternamente como delinquente, não conseguindo jamais restabelecer seus vínculos sociais de forma absoluta e satisfatória. Nesse contexto, frisa-se também o total abuso aos direitos humanos com que é executada a privação da liberdade, tendo em vista que no interior das casas penais propaga-se cotidianamente a tortura, a humilhação, a morte, como ressalta Zaffaroni:

*“Os múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal apoiam-se, em boa medida, no exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais que, na maioria dos países da região, operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos, praticados por particulares.”*⁸⁵.

⁸⁴ Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.15.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 13.

CAPÍTULO II

DO ABOLICIONISMO PENAL

1- NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1- DA ORIGEM E EVOLUÇÃO

Precisar com exatidão o início do movimento abolicionismo, não consiste em uma tarefa de simples desempenho, pois estas teorizações foram sendo formuladas com uma heterogeneidade considerável, no que tange seus pensadores, métodos e estratégias. Tal diversidade teórica é identificada por exemplo, nos estudos de Paulo Queiroz, quando afirma que o abolicionismo penal pode ser identificado desde o neo-marxismo até o liberalismo, com pensamentos que vão do humanismo ao anti-humanismo, demonstrando todo o antagonismo destas teorias, ainda que para convergirem em fins sinônimos ⁸⁶.

Conforme mencionado anteriormente, as ideias iluministas são inequivocamente precursoras históricas do movimento abolicionista. Ocorre que fatos históricos atrozos como as duas grandes guerras mundiais, sobrepujaram-se à estes pensamentos, fazendo com que o movimento iluminista, com princípios reformadores e humanitários, esvaissem-se sem ao menos serem concretizados, havendo um hiato considerável na evolução da dogmática penal.

Com isso, somente pode-se apontar como origem precípua do movimento abolicionista, remontando-se à primeira metade do século XX, no pós Segunda Guerra Mundial, com os estudos realizados pelo jurista italiano Filippo Gramatica, sob a égide do entusiasmo resgatado de Beccaria, de reformulação do sistema penal e penitenciário, quando publicou uma obra denominada de *Defesa Social*, na qual postulava a extirpação de institutos jurídicos como crime, pena e delinquente e ainda pugnava pelo repúdio definitivo do caráter retributivo da pena, com intensidade e extremismo ⁸⁷. Como preleciona Delmas-Marty, a teoria de Filippo Gramatica “É a

⁸⁶ Vide QUEIRÓZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 28.

⁸⁷ Nesse sentido aduz Evandro Lins Silva, que assevera quanto a gênese do movimento abolicionista que “Não surgiu propriamente uma nova escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influenciando de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu

*segunda ideia-força de uma autogestão pelo próprio grupo social, de uma resposta “da sociedade”, à base de mediação mais do que de controle ou de repressão, que inspira os movimentos contemporâneos abolicionistas”*⁸⁸.

Posteriormente, estas ideias ganharam novas proposições, como as efetuadas por Marc Ancel. Este publicou a obra *A Nova Defesa Social* em 1954, com o intuito de delimitar as conjecturas pensadas por Filippo Gramatica, alvitando alternativas penais em detrimento à privação da liberdade, já que esta última modalidade de sanção, utilizar-se-ia apenas em caráter extremo. Para Ancel, que opunha-se à Gramatica, o ‘Abolicionismo Penal’ deveria ocorrer gradativamente, aliando as penas alternativas à descriminalização e despenalização. Nesse sentido, nas palavras do próprio Ancel, este consiste em um “(...) movimento moderno de política criminal de defesa social, nasceu de uma reafirmação dos Direitos do Homem, da dignidade do ser humano e de sua proteção efetiva na comunidade social.”⁸⁹.

Faz-se oportuno ressaltar que parte da doutrina toma os pensamentos da Nova Defesa Social, não como inaugurais do Abolicionismo Penal, mas apenas precursores deste movimento, tendo em vista que esta doutrina criminológica de Ancel tem caráter não abolicionista e sim ‘substitucionista’, culminando à um correccionalismo positivista, já que reaviva a defesa das presunções ressocializadoras⁹⁰.

Assim, ainda há parte da doutrina que aloca o Abolicionismo Penal como uma das vertentes da criminologia crítica, que originou-se na segunda metade do século XX, entre os anos 60 e 70, nos Estados Unidos, razão pela qual apontam como período da origem dos pensamentos abolicionistas, estas décadas mais recentes. A criminologia crítica intentava suplantar a criminologia positivista vigente à época, já

idealizador o advogado e professor italiano Filippo Gramatica (...) Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes”. Cfr. SILVA, Evandro Lins. Uma visão global da história da pena. Anais do 1º Encontro Nacional da Execução Penal. Brasília: FAP/DF, 1998.

⁸⁸ DELMAS- MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Traduzido por Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 52.

⁸⁹ Vide ANCEL, Marc. *La Défense Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p.52.

⁹⁰ Vide CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 129-160.

que considerando-se a perspectiva de uma criminologia sociológica, poder-se-ia optar por um padrão de controle social, ao invés do modelo etiológico ⁹¹.

Nesse contexto histórico, os criminólogos infundiram-se das proposições abolicionistas, infiltrando-se por toda a Europa, razão pela qual o doutrinador Sebastian Scherrer, aponta como marco inicial da teoria Abolicionista Penal, o ano de 1966, bem como ratifica que estas ideias foram disseminando-se, com apontamento de severas denúncias das truculências e incoerências do sistema penal, à exemplo da já supramencionada obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault ⁹². Por esta razão, podem ser identificadas diversas vertentes do mesmo movimento, chegando a aduzir Schereer que “(...) *hay poco consenso entre los autores que pueden ser considerados ‘abolicionistas’*” ⁹³.

Tempos depois, já em meados dos anos 80, o abolicionismo penal foi ganhando mais adeptos e conseqüentemente maior expressividade. Naquela altura, juristas nomeadamente Holandeses e Escandinavos, passaram a ter como objeto de estudos, teorizações com perspectivas abolicionistas, fruto de uma sociologia crítica, culminando em um radicalismo latente acerca da abolição do sistema penal e a adoção de novas medidas para resolução dos conflitos sociais tidos como crime.

Foi então, especificamente no ano de 1982, que o doutrinador holandês Louk Hulsman, conjuntamente com Jackeline Bernat de Celis, eclodiram no mundo acadêmico, sua obra *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*, uma ótica fenomenológica sob os pensamentos abolicionistas ⁹⁴. Posteriormente, em 1989, o jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, publica seu livro que opta por intitular de *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, que retomando as

⁹¹ "Der abolitionismus als kriminalpolitisches programm hatte bei uns in den 70er und 80er Jahren gewichtige Fürsprecher. Damals gab es auch einige begrenzte aber viel beachtete praktische Erfolge: vor allem die Abschaffung der Jugendstrafvollzugsanstalten (...)" in: STELLY, Wolfgang; THOMAS, Jürgen. *Erziehung und Strafe*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2011, p. 16

⁹² Para uma análise mais profunda e complexa acerca desta obra Cfr. BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Fundamentos da Criminologia Crítica*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 103-146.

⁹³ Ainda nesse diapasão o sociólogo e criminólogo alemão Sebastian Scheerer, ao analisar o abolicionismo penal, asseverou que esta é “(...) *una ‘teoria’ que tenga la posibilidad y el objetivo de transcender los modelos, clasificaciones y presunciones tradicionales, pero sin presentar pruebas acabadas de estas nuevas ideas ni el inventario de sus propias herramientas conceptuales y metodológicas(...)*” in: SCHEERER, Sebastian. *Abolicionismo*. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 15-21.

⁹⁴ Para um panorama geral da obra de Louk Hulsman Cfr. BRETAS, *op. cit.*, 2010, p. 309-320.

concepções hulsmanianas, enfoca sua análise nos problemas do direito penal, vivenciados pela América Latina, formulando uma importantíssima obra deste movimento ⁹⁵.

Neste mesmo esteio, podem-se citar ainda os doutrinadores noruegueses, expoentes deste movimento, quais sejam Nils Christie, que publicou uma importante obra abolicionista denominada *Limits to Pain*, publicado em 1981 e ainda Thomas Mathiesen, em que pese ser autor de diversas obras que comungam dos princípios abolicionistas, pode-se mencionar como obra preponderante a intitulada *The Politics of Abolition*, publicado em 1986.

1.2- DO CONCEITO

Mostra-se também dificultosa a empreitada de asseverar um conceito unívoco a estes pensamentos, nomeadamente em virtude de suas peculiaridades diversificadas. Incipientemente conceitua-se o abolicionismo penal como teorias de enfático radicalismo, que postulam a abolição do sistema penal hodierno, por proposições que privilegiam uma aplicabilidade de legislações penais com caráter de universalidade, considerando os crimes, como qualquer outro conflito social, passando a considerá-los como situações problema, que devem ser resolvidas com a ingerência dos protagonistas sociais do fato jurídico, quais sejam autor e vítima.

Pode-se aduzir seguramente, que o abolicionismo penal ocupa o lugar de teoria mais extrema, quando da resolução dos problemas apresentados pela privação da liberdade, vivenciados na atualidade. Os teóricos desta corrente criminológica apontam uma infinidade de modelos e teses pertinentes para substituir o sistema penal vigente, já que este último não possui qualquer racionalidade, à medida que não atende aos próprios fins a que se destina, como as prevenções geral e específica. Sendo assim, evidenciam a imperiosidade de uma investigação concreta por alternativas diferentes no embate com a delinquência, já que é indiscutível que antes mesmo de serem crimes, são conflitos sociais ⁹⁶.

⁹⁵ Já para uma análise pormenorizada desta obra de Zaffaroni Cfr. *Ibidem*, p. 221-264.

⁹⁶ Vide GERLAK NETO, Martinho Otto. *Dicionário Técnico-Jurídico de Direito Penal e Direito Processual Penal*. Curitiba: Juruá, 2007. p.14.

Diante da complexidade que se apresenta quando assume-se a iniciativa de formular um conceito para o abolicionismo penal, vários foram os autores que debruçaram-se sobre esta tarefa, esboçando conceitos, e logo, importante se faz que alguns sejam citados. Para Guilherme de Souza Nucci:

“(...) O abolicionismo penal, fruto dos estudos e dos artigos de Louk Hulsman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Scheerer (Alemanha), é um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e das instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. (...) trata de descriminalização (...) e da despenalização (...) como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado na grande maioria dos países.”⁹⁷.

Conforme preceitua Luigi Ferrajoli, as teorias que fazem parte do movimento abolicionista penal são tidas desta forma, por desafiarem o direito penal vigente, apontando-o como ilegítimo, não admitindo qualquer propósito válido que possa justificar as aflições causadas pela privação de liberdade na atualidade e ainda considerando-se como vantajosa a abolição das sanções punitivas hodiernas, para a aplicação de meios e instrumentos pedagógicos, priorizando um instrumento de controle informal e de imediata aproximação com a sociedade, senão vejamos:

“(...) solamente quelle dottrine assiologiche che contestano come illegittimo il diritto penale, o perché non ammettono moralmente nessun possibile scopo come giustificante delle afflizioni da esso arretrate, oppure perché reputano vantaggiosa l’abolizione della forma giuridico-penale della sanzione punitiva e la sua sostituzione con mezzi pedagogici o strumenti di controllo di tipo informale e immediatamente sociale(...)”⁹⁸.

Os abolicionistas, fundando-se na assertiva que o delito não detém realidade ontológica, creem que somente com o envolvimento dos indivíduos do conflito social, pode-se almejar o alcance da solução satisfatória para este fato jurídico. Desse feita, ao tentar-se incluir autor e vítima no processo de resolução dos conflitos,

⁹⁷ Vide NUCCI, *op. cit.*, 2011, p. 392.

⁹⁸ Vide FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 234.

evidenciam a ilegitimidade e invalidade de clássicos preceitos da teoria do crime, mostrando-o como desdouro social de cogente extinção o sistema penal ⁹⁹.

Ainda neste esteio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, afiançam que o movimento abolicionista enxerga o crime como um conflito interpessoal. Em razão disto, somente será solucionado de maneira eficaz, com a interferência dos envolvidos em detrimento de uma legislação estatal imperiosa, que comina penas de elevado dispêndio social em várias escalas ¹⁰⁰. Destarte, aduz-se que as teorias do movimento abolicionista penal, são pensamentos que por reconhecerem a ineficiência e ilegalidade da utilização do modelo de sanção punitiva atual, prelecionam arquétipos de soluções de conflitos sociais alternativos. De acordo com a doutrinadora Salete de Oliveira:

“(...) enquanto o sistema penal proclama os benefícios do ‘efeito dissuasivo da punição’, subscrevendo-se sob a política soberana do medo, o abolicionismo investe na prática analítica da persuasão que privilegia o acordo generoso baseado na argumentação, que não se reduz à instrumentalidade técnica, mas amplia a possibilidade de discussão no cotidiano, entendido como prática do próprio pensamento criativo, que não prescreve limites para si mesmo ou para a convivência com o risco.” ¹⁰¹.

2- PRINCIPAIS TEÓRICOS ABOLICIONISTAS

2.1- LOUK HUSMAN: UM ABOLICIONISMO PENAL FENOMENOLÓGICO

Um dos mais importantes expoentes do movimento abolicionista penal foi Louk Hulsman, criminólogo holandês, professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Roterdã, onde procurou transformar a mentalidade acadêmica acerca do sistema penal. Publicou diversas obras que explicitavam sua teoria de cunho

⁹⁹ Segundo Nilo Batista, sistema penal é o conjunto de instituições encarregadas de proceder o Direito Penal em uma sociedade, ou seja o Ministério Público, a Polícia, o Judiciário e o Sistema Penal. *Vide* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 82.

¹⁰⁰ *Vide* GARCÍA-PABLOS, Antonio de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução à seus fundamentos teóricos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 186.

¹⁰¹ Cfr. OLIVEIRA, Salete Magda. *Um desafio à dissuasão penal*, in *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

abolicionista. Este foi inaugural ao versar acerca do abolicionismo penal, publicando em 1979, seu artigo *Uma perspectiva abolicionista do sistema de Justiça Criminal e um esquema para organizar as abordagens das 'situações problema'*. Posteriormente, com sua teoria mais corporificada, publicou no ano de 1982, o livro *Penas Perdidas*. Posteriormente o artigo *A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal* em 1984, ambas em coautoria com Jacqueline Bernat de Celis, e ainda o artigo *Criminologia Crítica e o conceito de crime*, no ano de 1985.

Já na década de 90, o jurista prossegue com suas produções acadêmicas de cunho abolicionista, publicando em 1991 o artigo, *Alternativas à punição: o caso abolicionista. Alternativas à Política Criminal*. Posteriormente, já em 1997, publica o artigo *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da Justiça Criminal*. Um ano após, divulga seu artigo *Luta sobre terminologia: 'situação problema' versus crime*. E ainda em 2004, editou o artigo intitulado de *Alternativas à Justiça Criminal*. Sua mais preponderante contribuição foi a obra *Penas Perdidas*, onde congrega ligeiros tentames que evidenciam a problemática do sistema penal, bem como de toda linguagem estigmatizante utilizada por este. Ainda, aduz que o movimento social abolicionista já é uma realidade. Este evidencia sua ótica acerca do tema, por meio da explanação das razões e possibilidades desta abolição.

Na primeira parte do livro, os autores iniciam esta obra com uma espécie de entrevista com Hulmasn, e acabam expondo a forma como o abolicionismo penal está vinculado com a vivência particular dele. Relembam as experiências difíceis que viveu em sua fase infanto-juvenil, quando foi internado em colégios por sua genitora e precisou conviver diuturnamente com repressões e disciplinas, conforme se percebe em sua obra, quando relata que “(...) não conseguia suportar a disciplina, a atmosfera repressiva reinante no internato. E, como os outros se acomodavam, eu acabava sem amigos.”¹⁰². Neste contexto, o menino Hulsman inconformado com um sistema institucional totalitário e alienante, buscou pesquisar sobre diversos temas. Percebeu uma dicotomia entre o ensinado e o praticado, razão pela qual ampliou seus horizontes, além daqueles preceitos institucionais.

Segue o texto apontando outros fatos marcantes no decorrer de sua vida, como a revolução espanhola, afirmando que na região onde vivia, somente havia imprensa que apoiava Franco, o que o levava a ter imensa simpatia a esse governo. Mas

¹⁰² HULSMAM; CELIS, *op. cit.*, 1993, p. 31-32.

tempos depois, quando pôde ter acesso a outras fontes de informação, percebeu o quanto havia sido enganado pelo sistema e pôde sentir pessoalmente a força do sistema. Ainda relembra o período da Segunda Guerra Mundial, quando foi enviado à um campo de concentração nazista, preso pela própria polícia holandesa, aquela altura ocupada pela Alemanha nazista. Este episódio o fez perceber, que o mesmo Estado que protege o indivíduo, pode ser utilizado contra ele, dependendo das circunstâncias. Enfim, após explicitar suas experiências, conclusivamente afirma: *“Me parece que três ideias-chave poderiam simbolizar o que vivi em profundidade e o que continuo tentando ser: estar aberto; viver solidariamente; estar apto a uma permanente conversão.”*¹⁰³.

Na segunda parte desta obra, os autores propriamente discorrerão acerca do abolicionismo penal, optando por fazê-lo no que chamam de dois tempos, já em um primeiro momento denominado de *Qual abolição?*, expõem toda a problemática do sistema de Justiça Criminal hodierno. Há em um segundo instante, intitulado de *Qual liberdade?*, propõem as soluções pertinentes para a radical transformação do pensar à respeito de todo o sistema de sanção punitiva. Sendo assim, passam a denunciar os problemas provenientes da justiça penal, alegando que a mídia cria o que chamam de *homem comum*, que não existe, para legitimar o sistema punitivo, homem esse que seria covarde e vingativo, que acredita que somente o aparelho estatal punitivo estaria apto a protegê-lo. Segundo os autores seria pura ilusão midiática, que se utiliza de uma linguagem voluntarista e desatrelada da realidade.

Essa mesma mídia, impõe uma visão dicotômica de mundo, onde sempre deve haver os bons e os maus, sendo os supostos maus, oprimidos por um sistema que em tese funcionaria com elementos todos em harmonia, quando na verdade, operam isoladamente, como um mecanismo sem alma, ou uma linha de montagem que produz cotidianamente prisioneiros. Por isto, os autores pugnam por reflexões inteligentes da humanidade¹⁰⁴, aduzindo que:

*“(...) quando estes homens e estas mulheres compreenderem o peso que essa máquina de punir e excluir, herdada de séculos passados, faz recair sobre nossas sociedades, não se encontrará, mais ninguém que avalize um tal sistema. Neste dia, uma verdadeira consciência popular reivindicará sua abolição.”*¹⁰⁵.

¹⁰³ Ibidem, p. 33.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 55-61.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 56.

Ainda neste contexto, delatam as condições humilhantes das penitenciárias pelo mundo, afirmando que com isso o encarcerado mergulha em um mundo que o aliena, com relações disformes e provoca um sofrimento estéril, culminando com a despersonalização e ‘associalização’. Na sequência os autores passam a questionar a relatividade existente quanto ao conceito do crime, alegando que já que o conceito de crime não é operacional, nem unívoco, o crime é simplesmente uma criação legislativa. Diante disso, dada a incontável quantidade de circunstâncias consideradas pela lei como crime, mostra-se que somente pouquíssimas condutas ‘criminosas’ são de fato punidas, o que optou-se por denominar de *cifras negras*. Ironicamente, esta baixa operatividade do sistema é o que permite a continuidade de seu funcionamento, já que somente uma parcela da população está suscetível ao sistema, sendo esta as de menor poder aquisitivo ¹⁰⁶.

Hulsman e Celis aduzem ainda que o hodierno sistema de justiça criminal possui uma formatação quanto à sanção punitiva, que se assemelha a da teologia escolástica, melhor lecionado em outro artigo de mesma autoria, quando aduzem que “(...) *a lógica do sistema penal vigente em nossas sociedades, que não é mais do que a lógica do Juízo Final, na qual o Deus onipresente, onisciente e justiceiro dos escolásticos foi substituído pelo código penal e o tribunal de cassação.*” ¹⁰⁷. Com tal assertiva, o autor intenciona demonstrar que o sistema penal vigente possui uma necessidade intrínseca de exibir a culpabilidade de um dos abrangidos em uma ‘situação problema’. Isto porque, sem que se aponte um culpado, seria inviável ao sistema intervir fundamentadamente nestes fatos jurídicos, razão pela qual se faz necessária a ‘fabricação’ acusados.

Além da estigmatização social que sofre um condenado a privação da liberdade, os autores apontam a ocorrência de uma exprobração muito pior, que é a interiorização deste etiquetamento social pelo próprio condenado, o qual viabiliza que o sistema aja com um mecanismo de exclusão social perpétua. Ainda pontuam que almeja-se dos encarcerados sentimentos como o de remorso, enquanto aplicam à ele todo o peso de um sistema opressor, que ao invés de fazê-lo expressar arrependimento, acaba gerando mais indignação e revolta. Nesse viés, indagam o porque de não utilizar o

¹⁰⁶ Ibidem, p. 61-66.

¹⁰⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. A aposta por uma Teoria da Abolição do Sistema Penal. *Verve*. São Paulo: Nu-Sol, 2005, v.8, p.251.

direito civil para solução de diversos conflitos, ao invés do direito penal. Como bem salientam, esta é a forma como grande parte dos conflitos interpessoais são solucionadas, longe da à justiça criminal ¹⁰⁸.

Ainda mencionam um fator importante de ser ressaltado quanto ao sistema penal, segundo os autores “(...) são sempre os mesmos que vão para prisão: as camadas mais frágeis da população, os despossuídos (...) visivelmente cria e reforça as desigualdades sociais.” ¹⁰⁹. Verifica-se assim, que o sistema opera alheio da realidade, condenando pessoas reais a exacerbadas aflições, por motivações impessoais e fictas. Assim, finalizam este momento do livro pugnando veementemente pela abolição do sistema penal, asseverando inclusive que este poderia desaparecer sem prejuízo social algum. Pode-se sentir a enfática ânsia pela abolição nas palavras dos autores:

“É preciso abolir o sistema penal (...) Um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira (...) Na minha mente, abolir o sistema penal significa dar vida às comunidades, às instituições e aos homens¹¹⁰.”

Após a extensa denúncia das mazelas do sistema penal vigente, inicia-se o momento do livro, dedicado as proposições abolicionistas, apontando para uma direção onde se vê luz, onde enxerga-se esperança. Inicialmente, afirma que movimentos que visavam a humanização das penas privativas de liberdade, não têm demonstrado grande progresso, visto que mesmo repletos de solidariedade com os enclausurados, não se deve intentar a modificação das prisões, e sim mudar todo o processo penal, desde o início, onde selecionam-se os futuros encarcerados. Assim, os autores apontam que somente assumindo quatro formas de solidariedade perceber-se-á a necessidade da abolição penal, quais sejam a solidariedade para com os condenados, para com as vítimas, para com os membros alienados da sociedade e ainda para com os agentes que mantêm o sistema penal ¹¹¹.

Mencionam que além dos que postulam a humanização das penas, há movimentos que prelecionam o caráter ressocializador da pena, o que infelizmente

¹⁰⁸ Ibidem, p. 69-74.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 75.

¹¹⁰ Ibidem, p. 91-92.

¹¹¹ Ibidem, p. 93-94.

jamais pôde ser vivenciado na prática, bem como os movimentos que rejeitam a pena e intencionam substituí-la por intervenções médicas ou pedagógicas. Ocorre que na ótica do Hulsman “(...) *não basta procurar uma solução mais social do que jurídica para o conflito; o que é preciso sim é questionar a noção mesma de crime, e com ela, a noção de autor.*”¹¹². Com isso propõem a supressão da definição de ‘crime’, bem como uma mudança de toda a linguagem, para tornar-se menos estigmatizante, onde ‘crime’ tornar-se-ia ‘situação problema’ e ainda autor e vítima seriam apenas ‘pessoas envolvidas’. Mas nesse contexto alertam que somente a modificação na linguagem, não é suficiente, se não houver a descriminalização no íntimo dos indivíduos da sociedade¹¹³.

Questionam ainda como se dariam as proposições abolicionistas quanto à questões ‘graves’. Em uma concepção geral não se pode prescindir do poder coercitivo penal, instante em que passam a desconstruir o próprio sentido do que seria grave. Assim, asseveram que os conflitos interpessoais, devem ter o domínio devolvido à seus protagonistas, quais sejam autor e vítima, pois somente estes possuem condições reais para auferirem o grau de gravidade do fato conflituoso, viabilizando soluções deveras mais realistas. Sendo assim, não poderia o Estado fixar uma reação uniformizada, com aplicação automatizada à todos os conflitos sociais¹¹⁴.

Válido frisar que a obra hulsmaniana segue afirmando que “*Esperar que o sistema penal acabe com a criminalidade é esperar em vão*”¹¹⁵ e por este motivo devem-se buscar novas formas de que satisfaçam os problemas hoje solucionados pela justiça criminal, sem, no entanto crer que estas formas extirparão absolutamente tais conflitos e sim que os diminuirão. Asseveram que não se pode confundir a abolição do sistema penal, com a supressão de toda e qualquer forma de coerção, já que se necessita desta última para o que optam chamar de ‘intervenções de emergência’.

Pugnam ainda pelo direcionamento mais incisivo para os anseios da vítima, já que assim, muitos ‘crimes’ nem mesmo chegariam a ser processados, pois o sentimento de vingança é súbito, e após a ocorrência de fatos conflituosos, esvai-se com o passar do tempo. Se ainda assim esta vítima desejasse a resolução daquele conflito, poderiam postular perante uma justiça cível, já que segundo os autores esta “(...) *sempre*

¹¹² Ibidem, p. 95.

¹¹³ Ibidem, p. 95-99.

¹¹⁴ Ibidem, p. 101-106.

¹¹⁵ Ibidem, p. 108.

poderá ser uma linha adequada, qualquer que seja o conflito.”¹¹⁶. Sendo assim, como acertadamente acentua as conclusões acerca da teoria hulsmaniana, Ignacio Anitua afirma que:

*“Hulsman queria indicar que se a comunidade aborda os eventos criminalizados e os trata como problemas sociais, isso permitiria ampliar o leque de respostas possíveis, não se limitando à resposta punitiva, que, ao longo da história, não somente não resolveu nada, como também criou problemas.”*¹¹⁷.

Além disso, pontuam algumas ideias que visam promover encontros conciliatórios entre os envolvidos em ‘situação problema’, porém salvaguardam que tais ideias somente auxiliarão o desafogar da justiça criminal, sem, no entanto transformá-la consubstancialmente¹¹⁸. Então, concluem que:

*“Com a abolição do sistema penal, toda matéria de resolução de conflito, repensada numa nova linguagem e retomada numa outra lógica, estará transformada desde seu interior. A renovação deste sistema, naturalmente, não eliminaria as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretações redutoras e das soluções estereotipadas, por ele impostas(...)”*¹¹⁹.

2.2- EUGENIO RÁUL ZAFFARONI: UM ABOLICIONISMO PENAL ‘MARGINAL’

Um dos juristas mais expressivos da América Latina, o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, destaca-se por sua ótica arrojada e inovadora do Direito Penal. Ocupa o cargo de Ministro da Corte Suprema da Argentina e sempre deixa evidente sua batalha aguerrida, em face dos desrespeitos à dignidade humana e ao temerário e falho sistema penal vigente. O jurista desponta como um dos expoentes do movimento abolicionista penal já na década de 80, primordialmente em razão da publicação da obra de sua autoria *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* em 1989, deflagrando um consubstancial combate as selvagerias praticadas

¹¹⁶ Ibidem, p. 131.

¹¹⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.698.

¹¹⁸ Ibidem, p. 116-136.

¹¹⁹ Ibidem, p. 140.

diuturnamente pela justiça criminal, em todos os países latino-americanos, onde após expô-las, passa a propor formulações abolicionistas.

Cumpre-se analisar o contexto vivenciado aquela altura por Zaffaroni, propiciador de sua teorização, para que entenda-se mais profundamente a perspectiva em que foi criada. Em meados da década de 80 do século XX, o jurista argentino foi um dos membros fundadores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, razão pela qual, conjuntamente com diversos doutrinadores latino-americanos, passou a investigar densamente as atrocidades cometidas no exercício do poder sancionador estatal, desta região. Diante de constatações inquietantes nas pesquisas daquele instituto, o autor começa a produzir publicações que acoimam críticas às questões carcerárias, como a obra *Sistemas Penais e Direitos Humanos na América Latina* em 1984, onde traduz sua indignação frente a latente ilicitude, truculenta violência e nítida seletividade com que age o controle social, que é exercido não só pelo Estado ¹²⁰.

Ainda cumpre-se apontar sua obra denominada de *Criminología: una aproximación marginal*, que publicou em 1988, onde com total propriedade ratifica que na região latino-americana, o controle social é exercido por meio do que opta chamar de ‘punição institucionalizada’ sendo esta segundo o autor uma “(...) *la imposición de una cuota de dolor o privación legalmente previstos, aunque no siempre mostrados como tales por la misma ley, que puede asignarle fines diferentes (...) que no responde realmente a fines distintos del control de conducta (...)*.” ¹²¹. Sendo assim, na concepção do jurista, necessita-se da formulação de uma análise da situação regional, que opera com desmedida violência, para que viabilizem-se soluções adequadas, face um saber criminológico próprio. Tais formulações, já induziam o pensamento abolicionista de Zaffaroni.

Porém, somente com a publicação de sua já supracitada obra *Em Busca das Penas Perdidas*, no final da década de 80, que fez-se possível entender toda a dimensão da teoria abolicionista zaffaroniana. Com um extremismo meticulosamente radical, auxilia-se de uma perspectiva concreta dos direitos do homem para teorizar, com a finalidade de construir uma Criminologia dos direitos humanos. Nesse esteio, esta obra apresenta três instantes, inicia evidenciando os graves problemas enfrentados

¹²⁰ Acerca da seletividade do Sistema Penal, para dissertação com mais profundidade, Cfr. FILHO, Oscar Mellim. *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*. São Paulo: Iccrim, 2010, p. 249-271.

¹²¹ Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. v.1. Bogotá: Temis, 1988, p. 15.

pelo sistema penal, que conseqüentemente fazem saltar aos olhos sua deslegitimação e crise, posteriormente passa a percorrer com uma análise crítica todas as teorizações que já voltaram-se a responder à esta deslegitimação e por fim, o jurista constrói os pilares basilares de seu abolicionismo penal.

Destarte, na obra supramencionada, o autor inicia com uma chocante explanação acerca da deslegitimação do sistema penal e de todo o catastrófico cenário em que se encontra a justiça criminal. Averigua que na América Latina a pressão exercida pelo poder coercitivo do Estado, ultrapassa os limites da dignidade humana de maneira inconcebível e para que se compreenda as razões, e se esbocem soluções, necessita analisar o sistema penal, com uma conotação ampliativa. Desta feita, Zaffaroni preleciona que por sistema penal se entende "*(...) es una de las formas del control social, que ese control social se halla en directa relación con la estructura de poder de la sociedad y, por último, que esta corresponde a un 'modelo de sociedad'.*" ¹²².

Então, pode-se dizer que inicia uma verdadeira cruzada contra o discurso jurídico penal latino-americano, perfazendo severas críticas as conseqüências que este causa. Nas alocuções do jurista, "*(...) O discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso (...)*" ¹²³, isto porque segundo ele o ordenamento jurídico desta região, respalda-se em uma realidade social fictícia e inexistente, propiciando uma atuação que jamais adequar-se-á às necessidades regionais. Ainda, ressalta que as instituições estatais que seriam as incumbidas de amenizar esta lacuna, ao aplicarem as legislações, acabam realizando completamente o oposto, evidenciando toda a sua ineficácia ¹²⁴.

Sendo assim, muito bem observa que o aparelhamento estatal punitivo, mostra-se inoperante já que criminaliza condutas em abundância, inviabilizando que todas sejam processadas. Além do mais aduz que mesmo que a operatividade do sistema fosse absoluta, sendo capaz de processar todas as condutas tidas como crime, não seria o almejado, já que gerar-se-ia o quadro caótico de verem-se criminalizados todos os membros da sociedade. Como este não é o intento do Direito Penal, fica nítida toda a seletividade com que funciona a justiça criminal. Nesse diapasão, segue pontuando que este discurso falso, não é resultante de má-fé ou de um

¹²² ZAFFARONI, *op. cit.*, 1988, p. 9.

¹²³ ZAFFARONI, *op. cit.*, 1991, p.13.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 11-16

Estado autoritário e sim da inexistência de outro que possa substituí-lo, mas que deixe remanescente a proteção dos interesses dos que dominam.

Logo, o fato de a dogmática vigente estar massivamente arraigada no interior dos indivíduos, não permite que seja modificada sem constatações chocantes. Na América Latina, estes ‘fatos’, são a morte, pois por várias vezes assegura que o sistema penal mata demasiadamente, exercendo com um monopólio de violência em uma guerra suja, conforme salienta:

*“(...) não existe teoria que por si mesma, tenha força suficiente pra vencer uma estrutura que se interioriza desde cedo, na vida das pessoas, se não vier acompanhada de um fato de particular evidência, que opere como choque com a realidade (...).”*¹²⁵.

Então, diante desta celeuma, para propagar-se como legítimo, o discurso jurídico penal utiliza-se de duas condicionantes, quais sejam a ilegalidade do sistema, já que *“(...) o sistema penal não atua de acordo com a legalidade(...)”*, e ainda a ilegitimidade e conseqüente irracionalidade do sistema, tendo em vista que *“Se esse discurso jurídico-penal fosse racional e se o sistema penal atuasse em conformidade com o sistema penal, seria legítimo.”* Portanto, agindo com ilegalidade e ilegitimidade, o discurso jurídico-penal da América Latina, age de forma militarizada e verticalizada¹²⁶.

Posteriormente às constatações acima citadas, Zaffaroni passa a analisar as teorias que já buscavam versar acerca da deslegitimação e do colapso das questões atinentes à justiça criminal, dentre elas a criminologia de cunho marxista de Massimo Pavarini e Alessandro Barata, a teoria de teor ‘desconstrutivista’ de Michel Foucault, e ainda movimentos criminológicos como o ‘interacionismo simbólico’ e a ‘fenomenologia’. De posse destas ponderações, passa a asseverar efusivamente que o fenômeno denominado de ‘penas perdidas’ é a evidência mais alegórica e nítida da deslegitimação do sistema penal, já que as sanções somente causam dor, ousando citar a existência de um verdadeiro ‘genocídio’. Pontua que opta pela terminologia ‘perdidas’, em face da irracionalidade da execução da privação da liberdade e ainda que fatores como seletividade, corrupção institucionalizada e concentração de poder, não são

¹²⁵ Ibidem, p. 38.

¹²⁶ Ibidem, p. 16-29.

conjunturais e sim estruturais dos sistemas penais da região, postulando a abolição como única solução plausível ¹²⁷.

Em um segundo momento de sua obra, na busca por uma resposta à crise da pena privativa e liberdade e já de posse da indiscutível constatação da ilegitimidade e ilegalidade com a qual o sistema penal age, passa a pesquisar as teorias que já formularam respostas à deslegitimação e a crise, analisando-as em três esteios. Primeiro as ‘teorias funcionalistas do delito’ ¹²⁸, que pugnam pela manutenção do sistema penal, o autor as repele, tendo em vista que a ilegitimidade do sistema é nítida, por isto estas teorizações não possuiriam elementos éticos e antropológicos. Após as ‘teorias do direito penal mínimo’ ¹²⁹, que defendem a substituição do sistema penal, devendo segundo Zaffaroni, estas teorias serem consideradas como pertinente, no entanto somente para transição e jamais como finalidade. E por fim, as ‘teorias abolicionistas penais’, que pleiteiam a abolição do sistema hodierno ¹³⁰.

Em seguida, o jurista argentino passa a sugerir a imprescindível construção de uma réplica à deslegitimação e à crise, partindo do que intitula de ‘realidade marginal’. Este ratifica a incompatibilidade do sistema punitivo, com a ideologia da dignidade da pessoa humana, fruto do tecnocolonialismo vivido na região, massificado por uma mídia sensacionalista, que fomentam a falácia do Direito Penal. Zaffaroni utiliza a palavra ‘marginal’ em várias acepções, primeiro em razão da América Latina localizar-se em região periférica geograficamente, quando comparados à países centrais; segunda tendo em vista a imperativa necessidade da formulação de teorias com base na realidade dos países latino-americanos e não de países centrais; ainda com a conotação da visão dos países centrais de uma realidade marginalizada que é vivida por esta região; por fim a estigmatização própria do colonialismo que sempre oprimiu esta parte do mundo. Enfim, o autor conclui esta contextualização corroborando sua legítima confiança na viabilidade de um discurso jurídico-penal ajustado à racionalidade, com base em dados sociais não fictícios, ao invés de uma relegitimação do sistema hodierno¹³¹.

¹²⁷ As análises das teorias mencionadas neste trecho da pesquisa estão melhores aprofundadas em *Ibidem*, p. 45-69.

¹²⁸ Vide TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.55.

¹²⁹ Vide GALVÃO, *op. cit.*, 2007, p.52.

¹³⁰ Vide ZAFFARONI, *op. cit.*, 1991, p. 73-115.

¹³¹ *Ibidem*, p. 117-178.

Como último elemento de sua teorização abolicionista, Zaffaroni versa especificamente acerca de uma teoria própria, tecendo-a na terceira parte desta sua obra, destacando a necessidade de uma emergente resposta ao sistema, para que cesse a violência com a qual opera. Formula um ‘discurso marginal’ da teoria dogmática penal, empreendendo à esta uma importância abissal, já que não pretende formular relegitimações ao sistema e sim uma abolição do atual e conseqüente reestabelecimento de uma forma de resposta, de fato eficiente, com uma estruturação legítima e legal, sem que sejam necessários os cometimentos de brutalidades e violações à dignidade humana que vê-se atualmente ¹³².

Na formatação de suas proposições, o autor ainda evidencia a indispensável contenda que se põe entre Estado de Direito e Estado Polícia, pois alega que as instituições de cunho judicial, careceriam apoderar-se de funções que sempre deveriam ter sido suas, como o poder de polícia, tendo em vista que quando deixada a operacionalização a cargo de agências policiais, como hoje o é, acarreta uma série de atrocidades brutais. Deve-se priorizar o princípio da mínima violação e máxima realização, concluído-se que para isto o Estado de Direito tenha como precípua desempenho, a limitação da irracionalidade do Estado de Polícia, conforme ratifica que *“(...) à medida que as agências judiciais exerçam seu poder, de forma racional, frente a um fato de poder que não podem suprimir, seu exercício de poder será legítimo, se o fizerem distendendo seus limitados recursos para controlá-los.”* ¹³³.

Além dos apontamentos supramencionados, Zaffaroni indica como parte de sua resposta à deslegitimação e à crise do sistema penal, a reelaboração da dogmática penal no que se refere a Teoria do Delito, já que segundo ele, faz-se indispensável que se pondere a culpabilidade do agente, tendo como margem a sua vulnerabilidade frente ao Sistema Penal. Em suma, quanto maior a vulnerabilidade do agente, menor a sua culpabilidade e conseqüentemente tendo uma menor ingerência da justiça criminal, para que assim fossem consideradas características pessoais do agente, o que geraria uma drástica diminuição do caráter seletivo do sistema penal.

Ainda, importa-se observar que a teoria abolicionista penal zafaroniana, retoma a acepção de sanção penal do jurista Tobias Barreto, na qual compreende-se que as penalidades não são atos jurídicos e sim políticos, sendo assim

¹³² Ibidem, p. 181-243.

¹³³ Ibidem, p. 196.

recusa-se a aceitar o *jus puniendi* e passa a versar acerca do *potentia puniendi*, apresentando-se um cenário onde o ‘direito de punir’ deve ser limitado e reduzido apenas à um ‘poder de punir’, onde o conceito de “(...) *pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito.*”¹³⁴.

Sendo assim, o autor intenta aglutinar ao discurso-jurídico penal, novas modalidades de punição que hodiernamente não integram o conceito de pena, mas que se tomarmos sanção punitiva como acima descrito, poder-se-á alargar a visão no que se refere às modalidades punitivas, exemplificando-as, como assim dispõe:

*“(...)se concebermos que são efetivamente penas, isso abre, pelo menos, o debate e estabelece as limitações necessárias, com vistas às seguintes consequências jurídicas: a) Sanções contravencionais; b) Sanções militares; c) Sanções graves de direito administrativo; d) Inabilitações e interdições dispostas por agências administrativas ou corporações; e) Privações de liberdade por estado de emergência política; f) Medidas para menores; g) Medidas para adultos; h) Reclusões psiquiátricas; i) Reclusões em asilos para anciãos; j) Clausuras em estabelecimentos, proibições de espetáculos, censura, negação de documentação, de licença, etc.; l) Prisão preventiva prolongada; m) Privações de liberdade a pretexto de segurança, identificação, etc., não objetivando interromper nem impedir o curso de uma ação lesiva.”*¹³⁵.

2.3- NILS CHRISTIE: UM ABOLICIONISMO PENAL FENOMENOLÓGICO-HISTORICISTA

Nils Christie é um sociólogo e criminólogo norueguês, professor da Universidade de Oslo desde a década de 60. Atualmente é ocupa importante posição no mundo acadêmico, no que se refere a problemática atual vivenciada pela dogmática penal, já que produziu obras importantes nesse sentido, filiando-se ao movimento abolicionista. Nesse contexto, podem-se destacar algumas publicações significativas como *Conflicts as Property* no ano de 1976, posteriormente importantíssima obra *Limits to Pain* no ano de 1981, sendo esta uma das mais incisivas de sua bibliografia. Ainda, pode-se citar o livro *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em*

¹³⁴ Ibidem, p. 204.

¹³⁵ Ibidem, p. 204-205.

estilo ocidental no ano de 1996, bem como de importante relevância foi a publicação de um artigo no ano de 1998, denominado de *Conversa com um abolicionista minimalista*.

Já na primeira obra supramencionada, *Conflicts as Property*, Christie estabelece uma esclarecedora análise crítica acerca das mazelas do sistema penal, apresentando incipiente investigação por inovações nos paradigmas da justiça criminal. Aponta para uma efetiva inclusão dos envolvidos na resolução dos conflitos, em detrimento das implicações que estes conflitos provocam no Estado, já que segundo ele os conflitos foram furtados das partes neles envolvidas e adjudicadas ao Estado. Assim deve o foco do Direito Penal ser a vítima e não o autor, ótica que fica muito bem evidenciada, quando o autor expressa-se afirmando:

*“The old criminology loses the conflicts, the new one converts them from interpersonal conflicts to class conflicts. And they are. They are class conflicts – also. But, by stressing this, the conflicts are again taken away from the directly involved parties. So, as a preliminary statement: Criminal conflicts have either become other people’s property – primarily the property of lawyers – or it has been in other people’s interests to define conflicts away.”*¹³⁶.

Posteriormente, quando publica *Limits to Pain*, já demonstra sua teorização abolicionista um pouco mais encorpada, deixando evidente um caráter abolicionista fenomenológico-historicista, onde pondera como âmago fundamentador da sua teoria, o fato de as sanções penais serem puramente uma forma de controle social, que objetiva quase que exclusivamente a produção de dor e angústia, opondo-se nitidamente à esta perspectiva da pena. Este alega que: *“My own view is that the time is now ripe to bring these oscillatory moves to an end by describing their futility and by taking a moral stand in favour of creating severe restrictions on the use of man-made pain as a means of social control.”*¹³⁷.

Dessa maneira, nesta obra, Christie busca formas de viabilizar a redução da disseminação do sofrimento e da dor, por parte do sistema penal, ressaltando que seu intento é encontrar alternativas à pena e não penas alternativas, criticando as teorias positivistas penais e ainda as neoclássicas penais. Ainda, delata fervorosamente toda a dor provocada pelo sistema penal e sua periculosidade. Diante disso, fundamenta

¹³⁶ CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property*. In: *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n. 1, 1977.

¹³⁷ Vide CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain*. Oxford: Martin Robertson, 1981, p.02.

sua tese de desconstrução do padrão etiológico, no que tange a reação social, alegando que o sistema penal é programado sobre arquétipos irrealistas de elementos essenciais como a sociedade e o homem, que imprimem uma visão estática e inerte de mundo, onde dicotomicamente só existe o bem ou o mal, o certo ou o errado, e culpados ou inocentes.

Assim, nesta obra, o autor acredita que a resposta adequada à problemática analisada, que aparentemente é impossível de ser formulada, faria morada na reconfiguração da justiça criminal, transformando-a em algo mais social, e de característica mais participativa, aproximando a resolução dos conflitos mais às soluções cívicas, em detrimento das criminais, cominando indenizações ao invés de privações de liberdade, conforme pontua que:

*“Particularly the victim must be compensated. In all systems without a strong state, victim compensation seems to be the major solution. It is what social anthropologists to a large extent report on. It is what legal historians describe. And it is the system we apply ourselves when we have hurt other people and feel, or are brought to accept, that we have to put things right; Victim compensation is such an obvious solution and used by most people in the world in most situations.”*¹³⁸.

Porém, mesmo identificando a obviedade desta solução, acredita que não são utilizadas preponderantemente, por identificar três razões específicas, sendo estas a ausência de funcionários especializados para lidarem com o crime, no sistema penal atual; o fato de a maioria dos criminosos serem pessoas de baixo poder aquisitivo; e ainda a desequilíbrio que poderia advir destas compensações, onde a vítima forte poderia oprimir sem proporcionalidade a contraprestação o criminoso, ou ainda o delinquente poderia achincalhar as compensações propostas. No entanto conclui que a solução está em *“(...)that the common people become participants in those matters which are of importance to them instead of just onlookers; or that they become the producers of solutions and not mere consumers.”*¹³⁹.

Em sua obra *A indústria do controle do crime*, Nils Christie aborda principalmente o perfil dos delinquentes, no sistema penal que hoje vige, investigando aspectos relevantes para traçar suas feições sociológicas, que antes da praticar ato que confronte o ordenamento jurídico penal possuem uma determinada personalidade que

¹³⁸ Ibidem, p. 35-36.

¹³⁹ Ibidem, p. 37.

após este cometimento de crime é etiquetada como um indivíduo desprovido de valores morais e caráter ¹⁴⁰. Com isso, para o autor o perigo maior de um delito não se encontra nele mesmo e sim na própria sociedade coeva que exerce seu controle punitivo por meio de um totalitarismo ¹⁴¹. Ainda salienta-se que este postula que os crimes são atos que tornam-se algo, em virtude de uma criação que os atribui uma significação de delito, e então culmina seus pensamentos com as seguintes proposições em tom de súplicas:

“Somos livres para decidir qual o nível de punição que achamos aceitável. Não há regras, apenas valores.(...) Um sistema legal sem espaço para manobras criativas e desempenhos como os que se encontram nos regimes totalitários. Tudo está predeterminado para o benefício dos governantes.(...) Precisamos pensar. Essa pode não ser a pior alternativa, quando a outra é a distribuição da dor.” ¹⁴².

Ainda, cumpre-se fazer menção ao artigo de Nils Christie publicado em 1998, intitulado *Conversa com um abolicionista minimalista*, onde percebe-se a nítida diferença de seu primeiro texto em 1977, um tanto quanto tímido sobre suas proposições ali esboçadas. Nesta publicação mais recente, o autor mostra sua teorização de forma bem mais enfática. Retoma a ideia anteriormente proposta, referente a ocorrência do ‘roubo de conflitos’, mas agora veementemente asseverando que as vítimas são lesadas em dobro, primeiro pelo acontecimento do fato criminoso em si e segundo porque o Estado a exclui na resolução de seus próprios conflitos. Uma vez mudada esta perspectiva, voltando-se para as necessidades da vítima e reduzindo-se a intervenção estatal, abrir-se-ia o caminho para uma efetiva ressocialização e ainda evitar-se-ia a estigmatização, conforme aduz:

*“Um sistema penal muito abrangente impede que as pessoas tomem parte nos seus conflitos, nas suas vidas. Os conflitos são transformados pelos operadores do direito em caos (...) seria uma organização orientada para a vítima. (...)Depois, o que poderia ser feito pela vizinhança, e depois o que poderia ser feito pelo Estado.”*¹⁴³.

¹⁴⁰ CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10-13.

¹⁴¹ Ibidem, p. 64.

¹⁴² Ibidem, p. 200-201.

¹⁴³ Cfr. CHRISTIE, Nils. *Conversa com um abolicionista minimalista*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan.- mar. 1998, p. 14-15.

2.4- THOMAS MATHIENSEN: UM ABOLICIONISMO PENAL DE VERTENTE MARXISTA

Assim como Nils Christie, Thomas Mathiesen é um sociólogo norueguês, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo. Dentre todas as suas obras de cunho abolicionista, pode-se citar o livro *A Política da Abolição*, publicado em sua integralidade no ano de 1974 e ainda o artigo *A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível?* do ano de 2003. Ambos trazem um trajeto de suas preleções teóricas, sendo latente a ingerência das ideias do Marxismo Criminológico, já que promove a ligação entre os esteios do sistema penal e as estruturas do sistema capitalista, expondo o diuturno embate para o exercício de poder, pelas classes dominantes.

O autor centralizou suas formulações na expurgação do cárcere, sendo segundo ele, uma perspectiva de operacionalização viável aquela altura, ao menos em prisões norueguesas, holandesas e belgas. Voltou-se tanto a ideia fixa de abolir as prisões, chegando a refutar inclusive proposições como a da utilização de penas e medidas alternativas, posto que em tese estas “... *se podrían transformar fácilmente en nuevas estructuras carcelárias com funciones similares a las de las propias cárceles...*”¹⁴⁴. Ressaltou a necessidade de transformações consubstanciais quanto às prisões, iniciadas por pequenas reformulações, que culminariam no abolicionismo. Pugnava pela remodelação das bases do sistema punitivo, com a gradativa abertura deste, até seu efetivo funcionamento.

Fundamenta suas proposições em constatações como a inequívoca verificação de ineficiência dos sistemas penais, que não ressocializam e somente estigmatizam, propiciando a reincidência; a precariedade da finalidade de prevenção geral da pena privativa de liberdade; as lesões à dignidade da pessoa humana que ocorrem nas prisões; e ainda os altos custos para manutenção destas máquinas de violência. Há uma realidade maquiada e distorcida das prisões que são levadas até à sociedade, em que pese ainda diversos outros apontamentos. Nesse último sentido, o autor aduz que:

¹⁴⁴ MATHIENSEN *apud* SCHEERER, Sebastian (et. all.). *Abolicionismo*. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 110.

“(...) as pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína.”¹⁴⁵.

As obras de Mathiesen deixam clarividente sua crença fervorosa na viabilidade do abolicionismo penal, inclusive sendo incisivo quanto às acusações de utopia destas teorizações. Este transcreve diversas transformações na história da humanidade que um dia foram caracterizadas como utópicas, exemplificando com a abolição da escravidão, a queda do Império Romano, ou o fim da Santa Inquisição. Ratifica suas proposições citando frase emblemática de Scheerer, recordando que *“(...) nunca houve uma transformação social significativa na história da humanidade, que não tenha sido considerada irreal, estúpida ou utópica pela grande maioria dos especialistas, mesmo antes do impensável se tornar realidade.”¹⁴⁶.*

2.5- MICHAEL FOUCAULT: INSCIPIENTES INSPIRAÇÕES PENAIS ABOLICIONISTAS

Michel Foucault foi um importante filósofo francês, professor catedrático da *Collège de France*, desde a década de 70. Este não é propriamente um autor abolicionista e concernente às suas formulações abolicionistas paira controversa se poderiam ser consideradas como parte do movimento abolicionista. No entanto mostra-se indubitável seu teor abolicionista, pois foi uma das primeiras teorias modernas correspondente a este movimento. A este respeito Zaffaroni afirma que *“Embora não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores aqui analisados, Michel Foucault foi sem dúvida um abolicionista.”¹⁴⁷*. Sendo assim, válido apontar inegavelmente como sua principal obra acerca do sistema penal, o livro intitulado de *Vigiar e Punir*, publicado em 1975, onde expressa toda sua ótica das drásticas consequências do exercício do poder sobre a criminalidade, observado claramente no cárcere, acabando por fomentar o movimento abolicionista.

¹⁴⁵Vide MATHIESEN, *op. cit.*, 2003, p. 95.

¹⁴⁶Vide SCHEERER *apud* Ibidem, p. 82.

¹⁴⁷ Vide ZAFFARONI, *op. cit.*, 1991, p.101.

O ‘incipiente abolicionismo foucaultiano’, se assim pode-se dizer, busca sua concepção em dois parâmetros, um relativo à aspectos da criminologia e outro analisando o desenvolvimento do ‘poder’ na história da humanidade. Significante frisar aqui são os primordialmente exercidos sobre as condutas delituosas, identificando que este poder é desempenhado, não só pelo Estado, mas também é desprendido pelas atitudes dos próprios indivíduos, membros da sociedade. Desta feita, analisa o peso da incidência desse poder, sobre os corpos, preferencialmente os exercidos por instituições como a prisão e o manicômio ¹⁴⁸.

Então, evidencia nitidamente neste livro a prisão vista com olhar crítico, sendo considerada como uma das formas mais fulminantes de exercício de poder. Estas que através de autoritarismo, faz imperar a disciplina e a obediência, onde as ilegalidades ao invés de serem combatidas, permanecem e reproduzem-se. Segundo Salo de Carvalho “*A problematização realizada em Vigiar e Punir possibilitou visualizar dois níveis de intervenção crítica: ao saber emanado pela criminologia tradicional e às estruturas capilares de poder*” ¹⁴⁹.

Destarte, assevera que somente um discurso científico jurídico pertinente, terá o escopo de tornar legítimo o exercício de poder, sendo assim aponta que a criminologia clássica importa-se em esclarecer o que justificariam as sanções punitivas, defendendo a ressocialização, já a criminologia etiológica “*(...) incorporou-se, subliminar e invisivelmente, como discurso orientador das fases legislativa, judicial e executiva, fixando a ideia da pena clínica e correccional*” ¹⁵⁰. Sendo assim, quase que acidental e de forma incipiente, promove um pensamento abolicionista já que pugna pelo rompimento dos sistemas punitivos, asseverando em outra obra de sua autoria *Microfísica do Poder* que:

“*(...) onde há poder ele se exerce. Ninguém é, propriamente falando, seu titular; e, no entanto, ele sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado e outros do outro; não se sabe ao certo quem o detém; mas se sabe quem não o possui(...)*” ¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. nesse sentido FOUCAULT, *op. cit.*, 1999, p. 117-137.

¹⁴⁹ Vide CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p.126.

¹⁵⁰ Vide FOUCAULT, *op. cit.*, 1999, p.248.

¹⁵¹ Vide FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 6.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986, p. 75.

Portanto, o cunho abolicionista penal do filósofo Michel Foucault é inquestionável, ao passo que conclui pela extirpação da punição, promulgando a ideia de uma vigilância disciplinadora. O enfoque foucaultiano no que tange a estrutura da sociedade e a forma como aborda o direito de punir, expressam a necessidade de transformações do âmago da Criminologia Crítica, decretando de forma imperativa um rompimento com as instancias formais de controle. Logo, a importância desse autor se põe, ao passo que provoca inquietações no universo acadêmico que propiciam as teorizações dos demais autores do movimento abolicionista.

CAPÍTULO III

DAS MANIFESTAÇÕES HODIERNAS

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O abolicionismo penal encontra-se em um campo jurídico-filosófico, que apesar de suas conclusões extremamente acertadas, acabam por não apontarem uma metodologia bem delineada, o que acabou tornando estas teorizações inertes, frente a almejada reformulação do sistema penal. Mesmo que traga consigo toda a sede destas transformações, o abolicionismo ainda não foi capaz de efetivar as modificações que pretende na Justiça Criminal. Mas mesmo assim tornou-se inspiração e fundamentação para alguns movimentos que visam sanar ou auxiliar na resolução das abstrusas adversidades do sistema atual. Destarte, as teorizações abolicionistas penais como já vimos não buscarem simplesmente penas alternativas, mas sim alternativas a todo o sistema punitivo.

Ocorre que tais proposições, ainda não alcançaram um nível suficiente de operacionalidade, para que fossem efetivamente aplicadas, razão pela qual atualmente são tidas como ferozes análises críticas de todo o sistema sancionatório estatal, que propiciaram do final do século XX à primeira década do século XXI, o surgimento de insurreições ávidas por transformações no sistema penal. Mesmo não trazendo consigo toda a radicalidade do Abolicionismo Penal retificam alguns aspectos negativos do aparelho punitivo, na tentativa de torná-lo mais humano e um pouco menos irracional. Como já mencionado anteriormente, estas são as *penas e medidas alternativas* à pena privativa de liberdade e a *mediação penal e justiça restaurativa*.

2- PENAS ALTERNATIVAS À PENA DE PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como supramencionado, a instituição jurídica ‘pena’¹⁵² é inerente ao Direito Penal, estando intrinsecamente relacionada com este. Sabe-se que a pena sob

¹⁵² Nesse sentido o jurista Frederico Marques conceitua pena como “(...) a sanção aflitiva imposta pelo Estado, através de processo, ao autor de um delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos.” vide MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Boolseller, 2002, p. 103.

uma perspectiva jurídica consiste em uma sanção estatal, aplicável à homens que infringem determinados dispositivos legais, previamente normatizados, com o intuito de protegerem-se determinados bens jurídicos. Este contexto é propiciador de institutos jurídicos como as penas e medidas alternativas à pena privativa de liberdade, tendo em vista que mesmo quando se sente a necessidade de punir, precisa-se saber qual a melhor maneira de fazê-lo, buscando a absoluta manutenção da dignidade da pessoa humana, no contexto do Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, como também já apontado anteriormente, há na atualidade uma preponderância na utilização da privação da liberdade, como pena. Logo, as *penas alternativas* objetivamente são uma sanção assim como as demais penas, mas que visam substituir a privação da liberdade, por algumas outras formas sancionatórias, menos danosas ao ser humano infrator. Nesse diapasão, conceitua tais medidas o jurista René Ariel Dotti, quando aduz que “*Consideram-se penas alternativas as sanções criminais distintas das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), também chamadas penas institucionais.*”¹⁵³. Ainda complementam-se na definição das *penas alternativas*, os ensinamentos brilhantes do autor Damásio de Jesus, afirmando que “*Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando impedir a que o autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade.*”¹⁵⁴.

2.1- DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Em que pese as penas e medidas alternativas serem considerados institutos jurídicos relativamente recentes, o jurista Cezar Roberto Bitencourt aponta como nação precursora na implementação de *penas alternativas* em seu ordenamento a Rússia, ainda no ano de 1926, quando da instauração da ‘prestação de serviços à comunidade’ como alternativa à condenação de privação da liberdade, previstos nos artigos 20 e 30 do Código Penal Soviético, conforme aduz este autor *in verbis*:

“Assim, uma das primeiras penas alternativas surgiu na Rússia, em 1926, a prestação de serviços à comunidade, prevista nos artigos 20 e 30 do Código Penal

¹⁵³ Vide DOTTI, *op. cit.*, 1998, p. 94-96.

¹⁵⁴ Vide JESUS, Damásio Evangelista. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29.

soviético. Mais tarde, o diploma penal russo (1960) criou a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade, que deveriam ser cumpridos no distrito do domicílio do condenado (...)" ¹⁵⁵.

Na sequencia, vários outros países passam a aderir tais deliberações, mesmo que timidamente, como a Inglaterra em 1948 e a Alemanha em 1953, que implantaram uma espécie de ‘prisão de fim de semana’ aplicáveis a crimes de pequeno potencial ofensivo. A Bélgica em 1963 e a Espanha no ano de 1995, que implementaram o ‘arresto de fim de semana’, que se assemelhavam ao anterior, guardadas as devidas proporções e ainda pode-se citar Mônaco, que em 1967 aderiu a uma pena com ‘execução fracionada’ ¹⁵⁶.

Ocorre que a doutrina aponta que foi em 1972, na Inglaterra, com a formulação do *Community Service Order* ¹⁵⁷, um sistema eficaz de ‘prestação de serviços à comunidade’, onde as penas e medidas alternativas ganharam de fato grande relevo, concernente à sua possível aplicabilidade. Esta viabilidade evidenciada pelos ingleses incitou que outros países legitimassem definitivamente tal instituto, como a Austrália em 1972, Luxemburgo em 1976, Canadá no ano de 1977, bem como a Dinamarca e Portugal em 1982, a França em 1983 e o Brasil em 1984 ¹⁵⁸.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.193-194.

¹⁵⁶ Nesse sentido, segue afirmando o autor que “(...) introduziu a prisão de fim de semana, através do “*Criminal Justice Act*”, em 1948, e a Alemanha fez o mesmo com uma lei de 1953, somente para infratores menores. Em 1963 a Bélgica adotou o arresto de fim de semana, para penas detentivas inferiores a um mês. Em 1967 o Principado de Mônaco adotou uma forma de execução fracionada da pena privativa de liberdade, um pouco parecida com o arresto de fim de semana, sendo que as frações consistiam em detenções semanais.”. Ibidem, p. 194.

¹⁵⁷ Como aludi Ken Pease: “*Community service orders are penal sanctions in which convicted offenders are placed in unpaid positions with nonprofit or governmental agencies. Proponents typically urge the use of community service as an alternative to imprisonment. Community service programs have been established in many countries. The most extensive and most studied experience is British. Following a 1970 recommendation of the Advisory Council on the Penal System, enabling legislation was passed in 1972 and pilot programs were initiated in 1973 in six probation districts. By the late seventies, community service programs were in place throughout the United Kingdom.*” Vide PEASE, Ken. *Community Service Orders. Crime and Justice*. v. 6, 1985, The University of Chicago Press, p.51-94.

¹⁵⁸ Ainda neste diapasão, Bitencourt menciona que: “(...) o bem mais sucedido exemplo de trabalho comunitário foi dado pela Inglaterra com seu ‘*Community Service Order*’ (...) O êxito obtido pelos

Então, diante do cenário incipiente em que se propagavam as penas e medidas alternativas por todo o mundo, tornava-se evidente a necessidade de discutir-se com mais fervor a sua essência, para que se proporcionasse sua adoção e execução com feições mais satisfatórias. Foi neste lamiré que se despertaram as atenções das instituições internacionais, que passaram a versar acerca das implicações de penas e medidas alternativas, dentre elas a Organização das Nações Unidas, que editou documentos interessantes que abrangiam perquirições e implementações, deveras pertinentes, e que merecem destaque, como as ‘Regras de Tóquio’.

2.2- DAS REGRAS DE TÓQUIO

Objetivando extirpar-se a visão de que o delito era uma ofensa direcionada ao Estado, e que por isto ensejava penas com alta severidade para que se fomentasse a inibição da prática de novos atos delituosos, conseqüentemente o que se impunha à pena, um caráter meramente retributivo, emanaram as denominadas ‘Regras de Tóquio’, que consistem em preceitos mínimos, formulados pela Organização das Nações Unidas, concernentemente às modalidades de pena, que se apresentam como alternativa à privação da liberdade ¹⁵⁹.

Tendo em vista de um lado a já supraexplanada crise da pena privativa de liberdade, vivenciada por todo o mundo, bem como o colapso latente dos próprios dogmas do Direito Penal, e de outro a necessidade persistente de uma resposta estatal aos cometimentos de infrações penais que, no entanto mostrasse mais racionalidade e menos violência, cria-se um contexto apto à elaboração de medidas alternativas, que possibilitassem a diminuição da utilização de privação da liberdade como pena e culminassem em uma aproximação real das finalidades da pena ¹⁶⁰.

ingleses influenciou inúmeros países que passaram a adotar o instituto, ainda que com algumas peculiaridades distintas, como, por exemplo, Austrália, (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977); e mais recentemente, Dinamarca e Portugal desde 1982, França desde 1983 e o Brasil com sua reforma de 1984(...).” Vide BITENCOURT, op. cit., 1993, p. 194.

¹⁵⁹ Cfr. CAMPOS, *op. cit.*, 2010, p. 211-215.

¹⁶⁰ Nesse esteio, assevera o jurista César Roberto Bitencourt, que “(...) as primeiras manifestações contrárias às penas privativas de liberdade, de curta duração, surgiram com o programa de Manburgo de von Loszt, em 1882, e a sua “ideia de fim do Direito Penal”, quando sustentou que a pena justa é a

Foi neste ensejo que algumas entidades internacionais passaram a promover discussões acerca da procura por repostas que aprimorassem a humanização das penas. Analisando mais especificamente os documentos produzidos pelas Nações Unidas, que tiveram este escopo, pode-se citar primordialmente a ‘Declaração Universal dos Direitos Humanos’, ao final de 1948. Este documento é de inenarrável importância para diversas questões das relações humanas, entre elas o sistema penal, valendo-se frisar que segundo o jurista Luiz Flávio Gomes, consiste em uma ‘Constituição Ética Mundial’¹⁶¹. Nesse âmbito, pode-se citar, aliás, diploma exarado em 1955, o qual prescreve as ‘Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos’, limitando a privação da liberdade ao respeito à dignidade humana¹⁶². Ainda cabe-se salientar a existência de diversos outros diplomas internacionais que se ocuparam da temática, na investida de humanizar-se o Direito Penal¹⁶³.

Então, após décadas de pesquisas, o ONU no início da década de 90 do século passado, em seu 8º Congresso realizado em Havana em 1990, elaborou um conjunto de normas mínimas a serem adotadas, quando da elaboração de medidas não privativas de liberdade, cognominando-as de ‘Regras de Tóquio’ (Resolução 45/110 da Assembleia Geral), recomendado-as aos países signatários¹⁶⁴. Pontua-se, que mesmo possuindo natureza internacional, estas se caracterizam por possuírem certa flexibilidade e adequabilidade quanto aos ordenamentos jurídicos dos países soberanos, vez que não se poderão ser consideradas como um protótipo meticuloso de penas e medidas alternativas e sim apenas as linhas gerais das concepções e elementos que deveriam ser impressos na aplicação e execução destas¹⁶⁵.

Fundamentalmente, estas regras tem como finalidades primordiais a promoção de aplicação de penas e medidas alternativas em detrimento da privação da

pena necessária.”. Vide BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.23.

¹⁶¹ Vide GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.21.

¹⁶² Vide BARBOSA, Licínio. *Direito Penal e Direito de Execução Penal*. Goiânia: Zamenhof Editores, 1993, p.297.

¹⁶³ Para aprofundamento acerca dos diplomas internacionais que se voltaram à resguardar os direitos humanos no âmbito do Direito Penal, cfr. CAMPOS, *op. cit.*, 2010, p. 212.

¹⁶⁴ Vide GOMES, *op. cit.*, 2000, p. 23.

¹⁶⁵ Cfr. JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas Alternativas: anotações à Lei n. 9715 de 25 de novembro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

liberdade, assegurando as garantias mínimas a estes apenados. Bem como fomentar a corroboração entre sociedade e sistema penal, aguçando no delinquente um discernimento de responsabilidade social, disciplinado apenas o parâmetro mínimo a ser seguido neste diapasão, já que estas regras devem ser interpretadas concomitantes com as demais disposições legais internas ¹⁶⁶. Nesse sentido preceitua Luiz Flávio Gomes, senão vejamos:

“(...) indiscutível objetivo das Regras de Tóquio é ‘promover o emprego de medidas não privativas de liberdade (...) promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal e, muito especialmente, no “tratamento do delinquente” (...) estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.” ¹⁶⁷.

Concernente a este diploma internacional, pode-se asseverar que este trás em seu corpo os princípios basilares que alicerçam a propagação das penas e medidas alternativas à privação da liberdade, pugnando por uma ‘racionalização penal’. Induz a utilização destas em momento precedente aos julgamentos dos processos penais ordinários, embasados em princípios como o da intervenção mínima e *in dubio pro reo*, concebendo a privação da liberdade como *ultima ratio* de fato.

Ainda, conjuga uma série de hipóteses elucidativas, que podem ser utilizadas como alternativas à privação da liberdade, bem como apresenta conjecturas pertinentes ao aprimoramento inclusive da fase executória das penas, ratificando a essencialidade da ressocialização do condenado, e a coibição da reincidência. Cumpre-se mencionar ainda que enfatiza a necessidade de treinamento dos profissionais que participam do Sistema Penal e a conveniência de efetuarem-se averiguações e projetos que fomentem políticas criminais efetivas ¹⁶⁸. Assim, as ‘Regras de Tóquio’ são uma espécie de estímulo encorajador na adoção de alternativa às penas privativas de liberdade, na busca por uma legítima ressocialização dos condenados, obstando a reincidência e ensejando o aminguamento da delinquência.

¹⁶⁶ Vide GOMES, *op. cit.*, 2000, p. 29.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 25-27.

¹⁶⁸ Resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)*. Organização das Nações Unidas (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. Havana.

2.3- BREVE ANÁLISE DAS PENAS ALTERNATIVAS EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS EM DIREITO COMPARADO

A disseminação das penas e medidas alternativas nos ordenamentos jurídicos pelo mundo é latente nos últimos tempos, em razão da famigerada crise homérica das penas privativas de liberdade, que evidencia todo o seu fracasso, conforme se explanou pormenorizadamente em tópico anterior. Então, tal quadro caótico possibilitou esta difusão. Ressalva-se a existência de diversas particularidades em cada um destes sistemas legais, possuindo como aspectos semelhantes, a finalidade precípua de efetiva ressocialização do apenado, tendo em vista os imensuráveis malefícios causados ao ser humano, quando encarcerado. Nesse âmbito ratifica o jurista Orandyr Teixeira Luz, quando aduz que *“A efetiva aplicação das penas alternativas em outros países vem aumentando. Mais que isso, vem diversificando, em função das constatadas cosequências negativas do encarceramento.”*¹⁶⁹. Ainda nesse diapasão faz-se válido pontuar as assertivas de Teresinha Campos:

*“(...) prestação alternativa em benefício da comunidade (...) sendo empregada, nesse sentido em Portugal, França, Itália, Suíça, Áustria, Alemanha, Luxemburgo, Bélgica, Holanda, Escócia, Irlanda, Irlanda do Norte, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia (...) modelos de serviço comunitário (...) na Romênia, Hungria, Polônia, República Checa e Rússia (...).”*¹⁷⁰.

Isto posto, faz-se válido mencionar brevemente as peculiaridades de determinados ordenamentos jurídicos, frisando-se que no contexto do presente estudo, não cabe um aprofundamento demasiado, porém tão somente uma ilustração destas modalidades de pena, que levam a acreditar que as chamadas do pensamento abolicionista ainda permanecem, e que o fogo da abolição penal afinal, possa vir a ser reascendido. Dentre os países que trazem em suas legislações a previsão das penas e medidas alternativas, podemos explanar brevemente de determinadas nações, em virtude de suas relevâncias históricas, suas excrescências evolutivas, ou ainda suas imediações com o presente estudo. Sendo assim, pode-se sublinhar que no Continente Europeu, destacar-se-á a Inglaterra, Portugal, França e Alemanha.

¹⁶⁹ Vide LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação das Penas Alternativas*. 2. ed. Goiânia: Editora AB, 2003, p.71.

¹⁷⁰ Vide CAMPOS, *op. cit.*, 2010, p. 225-226.

Na **Inglaterra**, que como supramencionado, foi uma das nações que inauguraram este sistema punitivo. Cumpre-se notabilizar à priori que o poder judiciário inglês possui enfática discricionariedade, proveniente de seu direito primordialmente consuetudinário, ou seja, *common law*. Diante disso, após longos embates entre as instituições que tratam das questões penitenciárias, concluiu-se pela predileção à aplicação de penas diversas às de prisão, principalmente em razão da superlotação do sistema penitenciário. Isto para delitos de pequeno potencial ofensivo, já que para crimes de maior gravidade, esta discricionariedade do judiciário passa a ser limitada, inclusive com aplicação de penas perpétuas (*mandatory life sentence*)¹⁷¹.

Portanto, em virtude do bem sucedido caso da sistemática de penas alternativas que se desenvolveu na Inglaterra, ao longo do tempo esta foi aprimorando-se e hoje possui uma série de ‘sentenças comunitárias’ (*community orders*). Estas propiciam uma maior eficácia na reabilitação e reinserção social dos condenados, sem que para isso olvide-se a coerção estatal. As ‘sentenças comunitárias’ podem ser aplicadas com diversas especificações quanto às atribuições do apenado e suas características, tanto a maior de 21 anos (*Offenders Over 21*), quanto a maiores de 16 e menores 21 (*Offenders Over 16*), e ainda a menores infratores (*Young Offenders*)¹⁷².

Pode-se verificá-las como a ‘*Community Rehabilitation Order*’, onde se passa por período de prova de 6 (seis) meses à 3 (três) anos, sob a supervisão do Estado; a ‘*Community Punishment Order*’, no qual se prestam serviços à comunidade; a ‘*Community Rehabilitation and Punishment Order*’, que consiste em poder combinar as sanções à serem imposta. Estas estão previstas e regulamentadas pelo ‘*Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*’ e ainda foram reformados poucos anos depois pelo ‘*Criminal Justice Act 2003*’, Nesse sentido preceitua Peter Hungerford-Welch, senão vejamos:

“(...) *the community sentences which may be imposed on adult offenders, namely the community rehabilitation order, the community punishment order, and community punishment and rehabilitation order. (...) We look at community orders under the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 and at the new regime for such orders established by the Criminal Justice Act 2003.*”¹⁷³.

¹⁷¹ Cfr. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 138.

¹⁷² Cfr. HUNGERFORD-WELCH, Peter. *Criminal Litigation and Sentencing*. 6.ed. London: Cavendish, 2004, p. 645-676.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 645.

Estas modalidades de alternativas à privação da liberdade no ordenamento inglês podem ser aplicadas como a ‘*Curfew Order*’ que compreende ser monitorado eletronicamente e ainda recolher-se em determinado recinto por certo período, diariamente; a ‘*Attendance Centre Order*’ que consiste frequentar-se centro especializado para participar de medidas sócio-educativas e tratamentos psicológicos; e ainda a ‘*Action Plan Order*’, que compõe um plano de ação que visa à reabilitação, como nos casos de dependência química ¹⁷⁴.

Concernente às penas e medidas alternativas no ordenamento de **Portugal**, o Código Penal Português de 1995, manteve inalterada o essencialidade de seu âmago, primordialmente de sua parte geral, relativamente ao diploma de 1982 ¹⁷⁵, trazendo em seu preâmbulo que somente é pertinente a aplicação da pena privativa de liberdade, quando todas as demais mostrarem-se inviáveis sob a ótica das finalidades da pena, senão vejamos: “*A pena de prisão – reacção criminal por excelência – apenas deve lograr aplicação quando todas as restantes medidas se revelem inadequadas, face às necessidades de reprovação e prevenção.*” ¹⁷⁶.

Nesta nação, oportunamente menciona-se que já o Código de 1982, previa a aplicação de alternativas à prisão, com a prestação de serviços à comunidade ¹⁷⁷. Assim pontua-se que o diploma de 1995, dispõe acerca de medidas alternativas à privação da liberdade, em seu artigo 43º, que versa acerca da substituição da pena de prisão para penas não superiores há um ano, dispondo acerca de suas modalidades, dos artigos 44º ao 47º, sendo estas a ‘permanência na habitação’; a ‘prisão por dias livres’; a ‘semidetenção’; e a multa. Ressalta-se ainda que o n.º 3 do artigo 43º, nos casos em que a pena de prisão não seja superior a três anos aplicar-se-á a pena de ‘proibição’, que coíbe o apenado ao exercício de profissão ou atividade, pública ou privada, quando

¹⁷⁴ NUCCI, *op. cit.*, 2007, p. 142.

¹⁷⁵ Nesse contexto, cumpre-se trazer excerto deste diploma legal, o qual predispõe que “*O Código Penal de 1982 permanece válido em sua essência (...) Assume-se ainda a importância de reorganizar o sistema de penas para pequena e média criminalidade com vista a permitir, por um lado, um adequado recurso às medidas alternativas às penas curtas de prisão, cujos efeitos criminógenos são pacificamente reconhecidos, e, por outro, concentrar esforços à grande criminalidade.*”. Vide Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. *Código Penal Português*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Cfr. CAMPOS, *op. cit.*, 2010, p.226-229; e ainda LUZ, *op. cit.*, 2000, p. 96-98.

cometidas no exercício destas, pelo período de dois a cinco anos, sempre que adequada¹⁷⁸.

Nota-se que o Código Penal vigente dispõe acerca da ‘prisão por dias livres’, que consiste na privação da liberdade somente aos fins de semana, aplicáveis a penas inferiores há um ano, que não possa ser substituída por outra, conforme disposição do artigo 45º deste dispositivo legal. Ainda prevê a ‘semidetenção’ em seu artigo 46º, que se vislumbrava como um período de interseção entre o encarceramento e a liberdade, ensejando a readaptação social gradativa do apenado, atualmente funda-se na privação da liberdade, com saídas autorizadas para obrigações como estudo e labor, sendo estas aplicáveis também a penas inferiores há um ano. Bem como preceitua, a ‘permanência na habitação’ em seu artigo 44º, e a ‘multa’ no artigo 47º.

Na **França**, ainda está vigente legislação penal de 11 de junho de 1975, que agrega àquela sistemática punitiva, alternativas à privação da liberdade, como a multa e a prestação de serviços à comunidade. Estas medidas alternativas foram ratificadas pelo artigo 113-3 do novo Código Penal Francês de 1994, que versa acerca destas medidas, dada sua importância. Conforme descreve o autor Michel Van De Kerchove quando aduz que “*En France, en revanche, cette possibilité a été consacrée, dans certaines limites, par la loi du 11 juillet 1975 et reprise dans l’article 131-3 du nouveau Code pénal au titre de ‘peines alternatives’ aux peines d’emprisonnement (...)*”¹⁷⁹.

Sendo assim, além das supramencionadas medidas, hodiernamente pode-se aplicar demais alternativas à prisão, como o ‘curso de cidadania’; as penas de reparação; as penas privativas ou restritivas de direitos, exemplificadas pela supressão provisória ou permanente da Carteira de Motorista; proibição provisória ou permanente do uso de arma de fogo; confisco de bens e valores; vedação a exercício profissional, todos relacionados com a conduta delitativa, entre outras¹⁸⁰.

No ordenamento jurídico da **Alemanha**, as penas alternativas estão presentes, sendo inclusive como motivadoras da redução de índices de criminalidade. Foram introduzidas neste ordenamento ainda na década de 70, logo o contexto histórico

¹⁷⁸ Cfr. MONTEIRO, José Matos Pinto. [et. al.] *Código Penal: Sistematização da Procuradoria-Geral da República*. Lisboa: INCM, 2013.

¹⁷⁹ Cfr. KERCHOVE, Michel Van De. *Quand dire, c’est punir: Essai sur le jugement pénal*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005, p. 247.

¹⁸⁰ Loi 92-686 du 22 juillet 1992. *Code Pénal de France*.

em que vivia a nação alemã àquela altura, quando ainda era dividida, propiciou o crescimento desmedido da delinquência juvenil, razão pela qual se optou pela pertinência sábia da substituição da privação da liberdade, por penas e medidas alternativas, sendo constadas reduções consubstanciais nos delitos praticados pelos jovens, evidenciando que a ausência dos malefícios da prisão em suas vidas, acabava por obstar a reincidência ¹⁸¹.

Já no Continente Americano, o ordenamento jurídico de determinados países merecem destaque, dentre eles o dos Estados Unidos, Brasil e Canadá. Assim, as penas alternativas também estão presentes no ordenamento jurídico dos **Estados Unidos**, em que pese privilegiarem a nomenclatura ‘penas intermediárias’. Da mesma feita que a Inglaterra baseia-se no *common law*, atribuindo relevante discricionariedade ao judiciário. Ainda apresentam uma certa multiplicidade na aplicação destas penas, haja vista que os estados-membros possuem políticas criminais autônomas. Logo, na sistemática norte-americana, podem-se observar a presença de diversas penas alternativas à prisão ¹⁸².

Dentre elas as *Probation*, com algumas modalidades, utilizada deste 1941. Em uma primeira o apenado vincula-se à determinadas imposições jurisdicionais, tendo determinados bens-jurídicos mitigados, sem que seja necessário seu encarceramento, assemelhando-se à limitação de fim de semana e proibição de saída da jurisdição; uma segunda modalidade de *Probation*, com condições impostas com caráter mais rígido e intenso, à exemplo da prestação de serviços à comunidade e a participação em programas de reabilitação.

Além disso, a *Parole* que consiste em uma espécie de liberdade condicional ao final do cumprimento de pena privativa de liberdade, sob condições semelhantes aos da *probation*, e que de acordo com Edmundo Oliveira “(...) em 1995, nos Estados Unidos, cerca de 531.407 adultos estavam sob a supervisão da *palore*, sendo 287 beneficiados para cada 100.000 habitantes” ¹⁸³. Ressalta-se que ainda há a previsão da Prisão Domiciliar; da multa; da compensação à vítima; da prestação de serviços à comunidade; etc.

¹⁸¹ Cfr. OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.160-162.

¹⁸² Vide Ibidem, p. 162-164.

¹⁸³ Cfr. LUZ, *op. cit.*, 2003, p.91-93.

No **Brasil**, ainda é vigente o Código Penal instituído pelo Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com isto trazia a disposição apenas de tímidas medidas de substituição à prisão, utilizáveis em crimes de quase irrelevante potencial ofensivo e em situações excepcionais. Tal perspectiva transformou-se drasticamente com o advento da Lei 9.099 de 1995, que passou a dispor acerca da aplicabilidade direta de penas alternativas a crimes de baixa ofensividade, em suas cinco modalidades, quais sejam a ‘prestação pecuniária’; a ‘perda de bens e valores’; a ‘prestação de serviços à comunidade’; a ‘interdição temporária de direitos’; e a ‘limitação de fim de semana’¹⁸⁴.

Posteriormente, corroborando com este viés, promulgou-se a Lei n. 9.714 de 1998, que estendeu a possibilidade da aplicação de penas alternativas aos crimes com pena de até quatro anos, não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Além do mais, outro largo passo para a consolidação destas penas foi à autorização legislativa para utilizarem-se, mesmo nos casos onde o apenado for reincidente, conforme aduz Jorge Martins:

*“Tendo-se como objetivo maior das penas alternativas a prevenção da reiteração criminosa, possibilitando-se ao infrator uma nova oportunidade, voltando ele a delinquir na mesma prática, evidenciado estará que a pena anterior não surtiu o efeito pedagógico pretendido.”*¹⁸⁵.

Já no **Canadá**, o sistema de penas alternativas, além de existente, mostra-se bastante evoluído, com a utilização diuturna de uma série de modalidades de substituição à prisão. Portanto, evidencia-se além das penas alternativas utilizadas por vários outros países, como a prestação de serviços à comunidade, a multa, a *probation*, a *parole* e a restituição, ainda demonstra-se pertinente que se ressaltem as formas inovadoras de manifestações substitutivas à privação da liberdade, como o ‘programa de reconciliação com a vítima’ e o ‘programa de reabilitação e reintegração com apoio da comunidade’, que segundo o jurista Edmundo Oliveira:

“(...) o programa de reconciliação com a vítima, em pequenos conflitos, em que o infrator reconhece o seu erro e obtém as desculpas da vítima, em ato formal presidido pelo juiz da causa (...) o programa de reabilitação e reintegração com o

¹⁸⁴ Vide NUCCI, *op. cit.*, 2011, p. 433.

¹⁸⁵ Vide MARTINS, J. H. S. *Penas alternativas*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 82.

*apoio da comunidade, que são fórmulas alternativas à prisão, pelas quais o infrator é submetido a terapias médicas, sessões psicológicas e sociológicas (...)*¹⁸⁶.

3- MEDIAÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa não se exprime como uma ‘pena alternativa’, mas sim como uma ‘justiça alternativa’, contrapondo-se veementemente ao sistema sancionatório vigente, que inegavelmente mostra-se despótico e aviltantemente repressor¹⁸⁷. Cumpre-se ressaltar que este é um movimento eminentemente recente, mas mesmo assim, diversos autores, de inúmeras nacionalidades, já se debruçaram profundamente acerca da temática, razão pela qual, oportunamente pontua-se que o presente estudo, não aspira esvaziar intensamente o tema, mas tão somente demonstrá-lo como mais uma manifestação atual das inspirações abolicionistas penais.

Ainda em virtude de seu frescor e contemporaneidade, observa-se uma axiomática ausência de homogeneidade, alusivamente à sua definição. Sinteticamente, pode-se certificar que há determinadas correntes, voltadas à conceituação da Justiça Restaurativa. Nesse diapasão, alguns autores utilizam-se das noções procedimentais deste sistema, para formularem suas concepções, sendo um dos expoentes dessa perspectiva o autor Tony Marshall, que a conceitua como “(...) *is a problem-solving approach to crime which involves the parties themselves, and the community generally, in an active relationship with statutory agencies.*”¹⁸⁸.

Já em esboço diverso, observa-se um viés conceitual, com caráter deveras mais abrangente, que opta por utilizar-se da análise de seus fundamentos, de suas consequências almejadas, bem como de seu engenho, para formular uma definição, como o autor Gordon Bezemore, que postulando uma concepção tridimensional da conceituação de Justiça Restaurativa, aglutina na definição deste movimento, as funções e efeitos corolários às vítimas, à comunidade e ao delinquente, senão vejamos *in verbis*:

“The restorative justice response to crime can be best described as a three dimensional collaborative process. (...)For the victim, restorative justice offers the

¹⁸⁶ Vide OLIVEIRA, *op. cit.*, 1997, p. 148.

¹⁸⁷ Cfr. SCHUCH, Patrice. *Notas sobre a descoberta de uma “magia” moderna: análise antropológica da justiça restaurativa no Brasil*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2008.

¹⁸⁸ MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: An Overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999, p. 05.

hope of restitution or other forms of reparation, information about the case, the opportunity to be heard, and input into the case as well as expanded opportunities for involvement and influence. For the community, there is the promise of reduced fear and safer neighborhoods, a more accessible justice process, and accountability, as well as the obligation for involvement and participation in sanctioning crime, reintegrating offenders, and crime prevention and control. (...)For the offender, restorative justice requires accountability in the form of obligations to repair the harm to individual victims and victimized communities, and the opportunity for to develop new competencies, social skills, and the capacity to avoid future crime.”¹⁸⁹.

Por conseguinte, ainda manifestam-se autores que elegem a conjugação destas duas vertentes conceituais, formulando uma perspectiva mais conclusiva acerca da Justiça Restaurativa, onde se tem esta como uma proposta metodológica, com escopo de reparar moral e materialmente as lesões decorrentes de práticas delituosas, por meio de técnicas que promulgam a comunicabilidade entre vítima, ofensor e comunidade, ambicionando fomentar aspectos relevantes do conflito social causado pelo crime, que atualmente são olvidados pela justiça tradicional, como evidencia o autor A. Gomma Azevedo:

“(...) i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vitimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.”¹⁹⁰.

Válido faz-se frisar que estas formulações metodológicas, como acima descritas, buscam uma alternativa à formatação da justiça clássica vigente, nomeadamente no que se refera a magnitude do realce dado à relevância das vítimas, abandonando uma visão sociológica dicotômica do delito, em que se concebe apenas o delinquente e o Estado como integrantes relevantes do conflito social. Assim à adoção

¹⁸⁹ BAZEMORE, Gordon. *Restorative Justice, Earned Redemption and a Communitarian Response to Crime*. Boca Raton: Florida Atlantic University, 1999, p. 05.

¹⁹⁰ Cfr. AZEVEDO, André Gomma. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 135-162.

de uma ótica tridimensional, que vislumbra como partes efetivas desta contenda, o ofensor, a comunidade e também a vítima ¹⁹¹. Diante disso, os autores Mc Cold e Wachtel, especificam que a Justiça Restaurativa “(...) é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.” ¹⁹².

Relativamente a este aspecto, cabe demonstrar a nítida influência da perspectiva das teorias abolicionistas penais, quando se intenciona devolver aos protagonistas do conflito social tido como crime, nomeadamente à vítima, a autonomia sobre estes fatos, que lhe fora ‘furtada’ pelo sistema contemporâneo, como explicitado quando se versou acerca do abolicionismo penal. Comprovação inequívoca desta inspiração abolicionista evidencia-se em assertiva de Hulsman, que já explanava tal preceito, ao afirmar que “A reconstrução de fatos que pertencem (também) ao domínio de um mundo real só será válida caso seja baseada nas percepções dos atores diretamente envolvidos neste mundo real.” ¹⁹³.

Ainda mostra-se mister apontar, em que pese ser recente a emersão deste movimento e conseqüente haver ausência de uma uniformidade conceitual, esta homogeneização urge que se efetive, para que assim proporcione uma projeção mais acertada acerca primordialmente das políticas públicas, estruturando e consolidando nacionalmente a Justiça Restaurativa. Pois segundo o jurista Miers “*jurisdições que têm uma estratégia nacional a partir da qual se estrutura a implementação a nível local, são normalmente mais seguras, bem geridas e bem sucedidas na sua intervenção*” ¹⁹⁴.

Diante disso, salienta-se que somente acerca da temática da conceituação da Justiça Restaurativa e da Mediação Penal, poder-se-ia analisar inúmeras possibilidades e incontáveis doutrinas. No entanto, como já asseverado acima, não se faz oportuno tal aprofundamento no presente estudo, haja vista que somente

¹⁹¹ Nesse sentido, cfr. UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*. São Francisco: Jossey Bass, 2001, p. XXV.

¹⁹² Cfr. MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: uma Teoria de Justiça Restaurativa. *Restorative Practices e Forum*. n.02, agosto. Rio de Janeiro: International Institute for Restorative Practices, 2003.

¹⁹³ HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, 1993, p. 159.

¹⁹⁴ Vide MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. Projecto Dikê. In: *Seminário Protecção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crimes na Europa*. Lisboa: APAV, 2003, p.59.

ostenta-se pertinente, a análise desta dogmática, enquanto manifestação atual de vestígios da teoria abolicionista penal.

Por conseguinte, nota-se a nítida contraposição da Justiça Restaurativa e Mediação Penal, com o arquétipo retribucionista ainda carregado visceralmente pela Justiça Penal regente atualmente. Ratifica-se a enfática inclusão da vítima na resolução destes conflitos, ressaltando que isto não implica dizer que haverá imposição dos direitos da vítima para oprimir os do ofensor, mas sim uma conjugação dos interesses de ambos e ainda os da comunidade. Nesse sentido elucida o autor Walgrave *“L’expérience montre que la majorité des victimes expriment une plus grande satisfaction après avoir participé a une interaction constructive avec le délinquant qu’après une confrontation devant la justice.”*¹⁹⁵.

Dessa forma, almeja-se a restauração efetiva dos danos causados a vítima quando de uma conduta delituosa, bem como o restabelecimento da dignidade do ofensor, perante a sociedade e nomeadamente a ele mesmo, ao invés de estigmatização inegavelmente praticada pela sistemática contemporânea. É o que ratificam Howard Zehr e Harry Mika, quando pontuam que um processo de Justiça Restaurativa permite que as vítimas participem efetivamente na determinação das obrigações do ofensor, ao passo que a estes últimos é dada chance de assumir as responsabilidades adequadas dos seus atos e consequentemente reparar mais efetivamente os ofendidos, senão vejamos *in verbis*:

*“Since the primary obligation is to victims, a restorative justice process empowers victims to effectively participate in defining obligations. (...) Offenders are provided opportunities and encouragement to understand the harm they have caused to victims and the community and to develop plans for taking appropriate responsibility.”*¹⁹⁶.

3.1- DA ORIGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

¹⁹⁵ Vide WALGRAVE, Lode. La justice restaurative et la perspective des victimes concretes. In: JACCOUD, Mylène (dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*. Paris: L’Harmattan, 2003, 169-170.

¹⁹⁶ Vide ZEHR, Howard; MIKA, Harry. Fundamental Concepts of Restorative Justice. In: MCLAUGHLIN, (et. al.) (eds.). *Restorative Justice: Critical Issues*. London: Sage Publications, 2003, p. 40-43.

Inegável que as sociedades ao longo da história, privilegiaram modelos que centralizam o poder punitivo, sob o preceito da preservação da harmonia social, o que em consequência produzem uma preponderância do coletivo, em detrimento ao individual. Por esta razão, por vezes a vítima queda-se olvidada nos entremeios da Justiça Penal. Porém, como já exposto acima, este sistema punitivo centralizado, que segrega e atua de forma irracional, que elidi os excluídos, há muito vem tendo suas minguas bradadas, nomeadamente por teóricos como os abolicionistas penais, que viabilizaram a propagação de teorizações como a Justiça Restaurativa.

Ao analisarem-se os estudos acerca da origem da Justiça Restaurativa, percebe-se que não há convergência absoluta acerca de que teria inaugurado tal conceito. Destarte, parte da doutrina postula que em meados da segunda metade do século XX, um psicólogo americano chamado Albert Eglash, formula a concepção que denomina de *restituição criativa* ¹⁹⁷, que após uma evolução consubstancial de seus estudos, corroborado com um contexto social de vertiginoso desenvolvimento, no ano de 1975 elabora o precursor conceito de Justiça Restaurativa, conforme aduz Bezemore “*The term ‘restorative justice’ is generally attributed to Albert Eglash. (...) 1975*” ¹⁹⁸. Ainda, concernente às modificações sociais que propiciaram este surgimento, podem-se citar:

“A descentralização do poder estado-controlado, a desagregação do modelo estatal de bem-estar social, a diferenciação e a complexidade crescente das relações sociais, o simbolismo jurídico, o aparecimento de uma sociedade civil, a elevação do neoliberalismo e a fragmentação dos centros de decisões remodelaram profundamente as relações entre os cidadãos e o Estado (...)” ¹⁹⁹.

Em outra concepção, há autores que atribuem à primeira utilização do termo Justiça Restaurativa a Leonard Barnett, em meados do ano de 1977, já que este teria sido o precursor na utilização dos preceitos retribucionistas, em experiências realizadas no Continente Americano, com a mediação de conflitos entre vítimas e agressores. Nesse sentido, é o que aduz Tony Marshall, “*The first use of the term is*

¹⁹⁷ Nesse sentido Cfr. JACCOUND, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 165.

¹⁹⁸ Vide BEZEMORE, *op. cit.*, 1999, p.59.

¹⁹⁹ Vide JACCOUND, *op. cit.*, 2005, p.166.

generally ascribed to Barnett (1977) referring to certain principles arising out of early experiments in America using mediation between victims and offenders (...)”²⁰⁰.

Assim, pode-se dizer que a eclosão originária da Justiça Restaurativa, possui sua inspiração atrelada às teorias despenalizadoras, como as vertentes do abolicionismo penal, que promoveram um período de experimentações prático-teóricas, de possibilidades solucionadoras das mazelas abstrusas do sistema penal, isto em meados da década de sessenta. Dentre tais experimentações, aquelas que demonstraram viabilidade prática, passaram a ser institucionalizadas, aglutinando-se aos ordenamentos jurídicos em meados da década de 80. Finalmente, somente na década de noventa, pode-se asseverar categoricamente, que a Justiça Restaurativa passou a ser difundida e aviltada de fato, conforme preceitua Jaccound:

*“A justiça restaurativa é, assim, o fruto de uma conjuntura complexa. Diretamente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal.”*²⁰¹.

Independente a quem é atribuída à origem deste termo, as ideias e princípios desse movimento, foram desenvolvendo-se ao longo do tempo. Assim, a partir dos anos 90, várias nações reformularam suas legislações, a fim de solucionar o caos do sistema penal. Dentre estas mudanças, apontam-se as práticas restaurativas, que se vêm desenvolvendo em âmbito global. Segundo Rogério Grecco, que ratifica tal expansão, alegando que após a utilização do termo ‘*restaurative justice*’ em um Congresso Internacional de Criminologia em Budapeste, no ano 1993, este passou a conquistar colossal notoriedade pelo mundo, nomeadamente em conferências internacionais, como na Austrália em 1994, em Amsterdam no ano de 1997 e em Montreal no ano de 2000²⁰².

²⁰⁰ Vide MARSHALLS, *op. cit.*, 1999, p. 08.

²⁰¹ Ibidem, p.166.

²⁰² Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 372.

Sublinha-se que ao final daquela década, no ano de 1999, a importância deste movimento passou a ser reconhecida pela ONU, que produziu a Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “*Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal*”, para promover os estudos acerca da temática. Já em 2000, esta organização internacional elaborou a resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “*Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais*”, com o intuito de promover a arguição entre os países membros, acerca da possibilidade de desenvolverem dentro de suas sistemáticas punitivas, instrumentos jurídicos restaurativos.

Então, em 2002 o Conselho Econômico e Social da ONU assentiu a adoção dos preceitos basilares da Justiça Restaurativa, para a elucidação dos infortúnios que envolvem o Direito Penal contemporâneo, por meio da Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002, denominada de “*Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*”²⁰³, evidenciado seu crescimento e relevância, já no preâmbulo desta, *in verbis*:

“Recalling that there has been, worldwide, a significant growth of restorative justice initiatives. Recognizing that those initiatives often draw upon traditional and indigenous forms of justice which view crime as fundamentally harmful to people. Emphasizing that restorative justice is an evolving response to crime that respects the dignity and equality of each person, builds understanding, and promotes social harmony through the healing of victims, offenders and communities. Stressing that this approach enables those affected by crime to share openly their feelings and experiences, and aims at addressing their needs. Aware that this approach provides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behavior and to take responsibility in a meaningful way; and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community wellbeing and to prevent crime. Noting that restorative justice gives rise to a range of measures that are flexible in their adaptation to established criminal justice systems and that complement those systems, taking into account legal, social and cultural circumstances. Recognizing

²⁰³ Cfr. PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 249-250.

*that the use of restorative justice does not prejudice the right of States to prosecute alleged offenders.”*²⁰⁴.

Ainda neste mesmo contexto, cumpre-se mencionar a importante atuação do Conselho da Europa, que no ano de 1999, aprovou um conjunto de recomendações, para orientar os Estados-Membros na implantação e utilização da Justiça Restaurativa, nomeadamente sobre o uso restaurador de mediação, em matéria penal²⁰⁵. Em 2001, a União Europeia, acabou por adotar uma política de suporte tendo a vítima como objeto central, denominada de mediação vítima-infrator, política esta que massificou este movimento por quase todo o Continente Europeu, promovendo a mediação penal, inclusive inserindo-o em suas legislações internas^{206 207}.

3.2- DOS PRINCÍPIOS E MODELOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Os princípios basilares que norteiam e fincam a Justiça Restaurativa, massificam seus principais aspectos e balizam seus métodos, razão pela qual se apresenta oportuno que se verse acerca destes. Destarte, como estes preceitos foram inspirados em teorias despenalizadoras e vitimistas, pode-se apontar precipuamente, alguns deles como “(...) *a voluntariedade, a confidencialidade, a participação ativa das partes, as regras de ne bis in idem, a proporcionalidade e equidade dos acordos e sua limitação temporal* (...)”²⁰⁸, bem como outros de grande relevância, mesmo para o direito

²⁰⁴ Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. *Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*. Organização das Nações Unidas (ONU). Conselho Econômico e Social.

²⁰⁵ Recomendação n.o R (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, relativa à mediação em matéria penal, estabelece princípios a que os Estados-Membros devem atender ao desenvolver a mediação em matéria penal.

²⁰⁶ Relatório da Comissão ao abrigo do artigo 18 ° da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, em 20 de abril, 2009.

²⁰⁷ Cfr. UMBREIT, Mark S; ARMOUR, Marilyn P. Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community. *Restorative Justice*, vol.36. Washington: Washington University Journal of Law & Policy, 2011, p. 64-89.

²⁰⁸ Vide SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 12, p.411-447, jan./jun. 2009, p. 426.

penal hodierno, que não podem sofrer demérito, quais sejam a *ultima ratio*, a legalidade, o devido processo legal, a culpabilidade e a intervenção mínima.

Dentre os preceitos acima abordados, merece destaque o princípio da voluntariedade, que se confirma como característica significativa da Justiça Restaurativa. A este respeito, acentua-se que os interessados em solucionar o conflito social, devem ser incentivados a integrarem-se consubstancialmente nesta sistemática resolutiva, mas para isso deve (...) *“haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e assunção da responsabilidade por parte do infrator”*²⁰⁹. Dada a considerável importância deste princípio, somente vê-se como modelo restaurativo eficaz, aquele que se baseia no reconhecimento pelo ofensor, do mal causado e no consenso entre este e sua vítima. Ainda neste contexto, esclarece Renato Pinto, que as práticas restaurativas são:

*“(...) um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograra reintegração social da vítima e do infrator.”*²¹⁰.

Em outro âmbito, alusivo aos modelos deste movimento, aprecia a doutrina, que se podem identificar três conjunturas distintas, quando levada em consideração a aplicabilidade da Justiça Restaurativa. Estes modelos formam-se inegavelmente a partir da concepção da definição de crime. Sendo assim, há quem considere o crime como fato sócio-jurídico causador de danos e infortúnios. Logo, esses visualizam na Justiça Restaurativa, um modelo que parte das consequências do fato e sua respectiva responsabilização, onde para alcançarem-se as finalidades restaurativas, utiliza-se a via da mediação.

Para aqueles que contemplam o delito como um conflito social que necessita ser solucionado, molda-se um segundo modelo, que busca a resolução destes conflitos. E ainda, existem aqueles que concebem as transgressões penais como fatos

²⁰⁹ Vide VITTO, Renato C. P. Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. . In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 44.

²¹⁰ Vide PINTO, *op. cit.*, 2005, p.20.

que atingem não só a vítima, como toda a coletividade a seu redor, apresentando-se assim um terceiro modelo, que objetiva a reconciliação entre ofensor, vítima e comunidade, conforme aduz Jaccoud:

“A complexidade da justiça restaurativa provém, em parte, do fato de que estes objetivos são transferidos de outros, principalmente em virtude da concepção que seus partidários têm da noção de crime. Se para alguns o crime causa sofrimentos e prejuízos (Walgrave, 1993; Bazemore e Walgrave, 1999), outros consideram-no como um conflito que convém resolver¹¹ (Van Ness e Strong, 1997; CDC, 2003) ou como um evento que não apenas afeta as relações entre pessoas (Zehr, 1990 e 2003) mas também os familiares da vítima, sua comunidade circunvizinha ou seus relacionamentos (Walgrave, 1999)”²¹¹.

Nesse diapasão, o arquétipo que possui as finalidades como objeto central, também é denominado de *perspectiva máxima da Justiça Restaurativa*. Foca-se prioritariamente em sanar as consequências do delito, empregando menor importância para os processos utilizados para alcançar esta finalidade. Por esta razão possibilita discussões, a exemplo do emprego de certa imposição de práticas restaurativas, ou seja, quando o julgador pode compeli-las em caso de ausência de vontade de um dos interessados²¹².

Cumpre-se mencionar ainda, que alguns autores filiam-se a este modelo, como Jaccoud e ainda Walgrave. Inclusive este é o modelo que mais se aproxima dos preceitos abolicionistas, já este deixa transbordar sua inspiração abolicionista penal quando, por exemplo, Walgrave afirma que as práticas restaurativas *“(...) excluent le système judiciaire (...) et laissent ainsi la pierre angulaire de la réaction sociale à la criminalité aux systèmes traditionnels punitifs ou éducatifs. Elle (la médiation) restera sans impact réel sur les options punitives fondamentales du système en vigueur.”²¹³.*

Já o modelo, que possui como escopo fundamental o processo, os objetivos da Justiça Restaurativa são de certa forma, preteridos. Logo, mesmo que não haja consenso entre os interessados, somente o fato de haver envolvimento destes nos

²¹¹ JACCOUD, *op. cit.*, 2005, p. 169.

²¹² Cfr. GAUTHIER, Benoît. La médiation pénale: une pratique québécoise. *Nouvelles Pratiques Sociales*. Vol. 21, n.2, Printemps, 2009, p. 77-92.

²¹³ WALGRAVE, *op. cit.*, 2003, p. 168.

procedimentos, suficientemente efetivam as práticas como restaurativas, o que pode levar a uma desnaturação dos preceitos basilares deste movimento. Isto porque não atinge os principais fins deste, que seria a resolução dos conflitos e a reparação dos danos causados ²¹⁴.

Então, o terceiro modelo acima mencionado, é caracterizado por confluir tanto a primazia dos processos, quanto a relevância das finalidades, tornando, portanto, o modelo mais restritivo dentre os modelos de Justiça Restaurativa, logo sendo considerado minimalista. Ocorre que este prescinde de um elemento deveras subjetivo, qual seja a boa vontade dos interessados, tornando tal modelo um universo limitado em si mesmo. Este tem práticas de cunho bem mais civis, do que propriamente jurídicos razão pela qual por vezes o faz receber críticas relacionadas às dimensões de sua aplicabilidade. Consubstancia esta elucidação Jan Froestad e Clifford Shearing:

“De acordo com Bazemore e Walgrave (1999: 371-74) os objetivos restaurativos primários são oferecer um modo mais aberto e satisfatório para reparar danos e solucionar conflitos e reduzir os papéis profissionais na justiça criminal, buscando menos intervenções do sistema e mais intervenções da comunidade. Para Dignan (2005 : 8) o foco restaurativo é definido pela ênfase na responsabilidade pessoal do infrator, pela característica de inclusão do processo, e pela promoção de formas não-coercitivas de tomadas de decisão. Wright (2001:360-61) argumenta que as qualidades do processo são uma parte essencial da resposta, apontando suas qualidades construtivas e terapêuticas (potenciais) e a ênfase em reparar o dano (...)” ²¹⁵.

Sendo assim, tendo em vista que as práticas restaurativas passaram a serem difundidas, nas últimas duas décadas, por várias nações e em nível global, estes modelos alastraram-se e hodiernamente são utilizados em diversos países. As inspirações abolicionistas deste movimento são um exemplo nítido de manifestação atual da teoria abolicionista penal, o que enseja que se passe a versar acerca dos países em que ocorreram erupções bem sucedidas deste. Assim, concebe-se um panorama geral desta breve análise, que se passará a ser efetuada no tópico subsequente.

²¹⁴ JACCOUD, *op. cit.*, 2005, p. 170-171.

²¹⁵ *Vide* FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: o Modelo Zwelethamba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. Justiça Restaurativa. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 80.

3.3- BREVE APRECIÇÃO DA RELEVANTE MANIFESTAÇÃO DESTE INSTITUTO EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS EXPOENTES

Desde seu tímido primórdio, em meados da década de 70 do século XX, a Justiça Restaurativa passou a impor sua presença com cada vez mais intensidade no decorrer do século XXI, culminando atualmente em uma disseminação em nível global. Sua aplicabilidade apresentou-se inicialmente nos Estados Unidos, utilizada para resolução de conflitos em casos envolvendo infrações juvenis. Hoje já se estendeu para praticamente todos os níveis da justiça penal, por diversas partes do mundo, inclusive em países onde a violência é intrinsecamente cultural, como Palestina, Israel e ainda em sociedades que vivenciam períodos de pós-conflito, como Irlanda do Norte, África do Sul e Libéria ²¹⁶.

Em países como Estados Unidos, Reino Unido, e ainda na maior parte dos países Europeus que promovem práticas restaurativas, optou-se por implementarem-se modelos de Justiça Restaurativa que privilegiem a ‘*mediação*’ entre ofensores e ofendidos. Nesse diapasão, ainda contabilizam Froestad e Shering que: “(...) Atualmente, assume-se que existam pelo menos 300 programas em funcionamento nos EUA e mais de 500 na Europa, que buscam a mediação entre as vítimas e os infratores, normalmente depois da emissão da sentença (Strang 2002:122).” ²¹⁷.

Cumpre-se inicialmente, fazer o cotejo acerca das práticas restaurativas aplicadas nos Estados Unidos, tendo em vista seu expressivo desenvolvimento, que vão desde práticas pequenas e locais, até sistemáticas estaduais de grande abrangência, implantada em diversos estados. A Justiça Restaurativa estadunidense ganhou visibilidade sob o auxílio da American Bar Association - ABA²¹⁸, esta é uma das mais antigas pesquisadoras da Justiça Restaurativa nos Estados Unidos. Em 1994, passou a propagar as ideias da necessidade de desenvolverem-se práticas restaurativas nos tribunais daquele país. Posteriormente, em 2006, produziu uma relevante pesquisa em nível nacional, acerca das possibilidades de implementação

²¹⁶ Cfr. UMBREIT; ARMOUR, *op. cit.*, 2011, p. 64-89.

²¹⁷ Vide FROESTAD; SHEARING, *op. cit.*, 2005, p. 81.

²¹⁸ A American Bar Association é uma associação, que consiste em uma das maiores organizações de profissionais voluntários do mundo. Está voltada a prestar auxílio aos profissionais da área jurídica, bem como melhorar a administração da Justiça e as Faculdades de Direito, através de suas pesquisas e ações. É sediada em Chicago e possui escritório em Washington, nos Estados Unidos da América.

destes sistemas e ainda em 2008, passou a oferecer subsídios a seus membros, para instaurarem estas práticas no âmbito do Direito Penal.

Nesse diapasão, destaca-se o estado de Vermont, o qual possui uma sistemática consolidada, com Câmaras Restaurativas Comunitárias instaladas. Além deste, já existem mais de dezenove estados que aprovaram legislações com implementação de práticas restaurativas, na esfera da delinquência juvenil e cerca de outros trinta estados que aderiram aos princípios deste movimento em suas políticas públicas. Ainda ressalta-se que programas menores e locais, já são evidenciados em praticamente todos os estados norte americanos ²¹⁹.

Pontua-se que os programas americanos, como supramencionados, baseiam-se em mediações vítima-infrator de caráter *'face to face'*, em que ofensor e vítima presenciam pessoalmente a mediação, encontrando-se neste processo, diferenciando-se da sistemática inglesa, em que pese também privilegiar a mediação - vítima-ofensor utilizam mensageiros para tanto, sem que haja o encontro propriamente dito. Ressalta-se que os esquemas de Justiça Restaurativa ingleses, foram muito criticados ainda na década de 80 do século passado, tendo em vista que se direcionavam demasiadamente ao infrator, alcançando-se um equilíbrio somente em momento posterior. Porém, mesmo alcançando certa estabilização, as sistemáticas inglesas *"(...) têm sido tipicamente de pequena escala e limitados a uma gama relativamente estreita de crimes de menor gravidade (...)"* ²²⁰.

Programas de Justiça Restaurativa, de igual forma vem sendo implantados em várias outras partes do mundo, em países como Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Rússia, Ucrânia, Japão, China, Coreia do Sul e diversos países na América do Sul ²²¹. Destarte, salienta-se que em países como Austrália, Canadá e Nova Zelândia, as práticas restaurativas remontam hábitos de resolução de conflitos, utilizados pelos povos indígenas das regiões.

Na **Nova Zelândia**, as práticas são inspiradas na cultura Maori, onde através de reuniões informais, objetiva-se a resolução consensual dos conflitos. Nos últimos 15 anos, aquele ordenamento jurídico sofreu grandes transformações, em razão da introdução dos princípios restaurativos, ganhando forma em meados de 1999 um

²¹⁹ Vide UMBREIT; ARMOUR, *op. cit.*, 2011, P. 68.

²²⁰ Vide FROESTAD; SHEARING, *op. cit.*, 2005, p. 82.

²²¹ Vide UMBREIT; ARMOUR, *op. cit.*, 2011, P. 69.

programa voltado à mediação na delinquência juvenil. Já em 1995, aprimoram-se as práticas para adultos, sendo elaborados projetos piloto e em 2005 já eram totalizados em 19 projetos restaurativos, efetivamente implantados para ofensores adultos ²²². Estas práticas, pouco tempo atrás foram oficializadas legalmente, com a aprovação em 2002 da Lei de Sentenças, a Lei da Liberdade Condicional e a Lei do Direito das Vítimas, que explicitam a Justiça Restaurativa, seus preceitos e seus procedimentos ²²³.

Já na **Austrália** “(...) os encontros restaurativos como modelo ganharam espaço na política e na legislação por iniciativas de administradores de nível médio e profissionais, e não como consequência de um desejo de se engajar em políticas raciais construtivas” ²²⁴. Nesta nação, ocorreu uma enfática transformação legislativa em meados dos anos 90, que evidenciaram indubitavelmente o fomento das práticas restaurativas neste país. Porém, guardam-se duras críticas a este ordenamento jurídico, no que se referem às práticas restaurativas, já que se passou a evidenciar que não houve redução nas taxas de detenção dos jovens aborígenes, e mais, que estas eram praticadas com nítidas distinções entre os jovens não aborígenes e aborígenes, verificando-se certa bifurcação.

Outro país que também merece relevo é o **Canadá**. Neste país, o sistema penal isoladamente, já possui elevado nível de legitimidade social e confiabilidade e ainda concedem certa parcela de autoridade da administração judiciária, para membros da sociedade civil, que gerem sistemas de justiça civis funcionando em perfeita harmonia com o Estado. Por esta razão a Justiça Restaurativa encontrou um cenário extremamente apto para sua perfeita instalação ²²⁵. Dessa forma, as práticas restaurativas emanaram neste país, também inspiradas na cultura indígena local, e são prioritariamente realizadas com os círculos restaurativos, que visam à

²²² MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 279.

²²³ MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma Abordagem Baseada em Valores. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 267.

²²⁴ Vide FROESTAD; SHEARING, *op. cit.*, 2005, p. 83.

²²⁵ Vide OXHORN, Philip; SLAKAMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática: a Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p.188.

elaboração de sentenças. Estes foram postos em prática a primeira vez em 1992, na província de Saskatchewan e no território Yukon, e consistem em envolver:

*“(...) o encontro de um grupo grande das pessoas, inclusive juízes, promotores, policiais, assistentes sociais, o infrator, a vítima, e membros da comunidade. Embora qualificando como um modelo totalmente restaurativo, os círculos de elaboração de sentenças foram criticados por vários motivos, inclusive pela confiança nos processos da justiça formal e pela deferência com o pessoal da justiça criminal dos círculos.”*²²⁶.

Ainda se pode averiguar a notabilidade de alguns outros países, primordialmente no Continente Europeu, no que se refere à Justiça Restaurativa, como a **Áustria**, que foi o primeiro país a implementar práticas restaurativas de mediação penal vítima-infrator, já no ano de 1988, sendo esta precursora na aplicação deste movimento. A **Alemanha**, que se destaca pela amplitude magnânima de sua rede de práticas restaurativas de mediação vítima-ofensor, deveras bem implementada, alcançando um expressivo número de 468 projetos e cerca de 20.000 conflitos solucionados anualmente. Ainda neste mesmo esteio, corroboram Mark Umbreit e Marilyn Armour:

*“Other European countries that have developed local restorative justice programs or national initiatives include: Denmark, England, Finland, Sweden, Ireland, the Netherlands, Luxembourg, Switzerland, Albania, Slovenia, Romania, Poland, Bulgaria, Italy, Spain, and Ukraine.”*²²⁷.

²²⁶ Cfr. KOSS, Mary P. (et. al.). Ampliação da Resposta da Justiça de uma Comunidade a Crimes Sexuais Pela Colaboração da Advocacia, da Promotoria, e da Saúde Pública: Apresentação do Programa RESTORE. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p.349-384.

²²⁷ UMBREIT; ARMOUR, *op. cit.*, 2005, p. 70.

CAPÍTULO IV

DAS DIFICULDADES FÁTICO-JURÍDICAS E UM ENSAIO À SUPERACÃO

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme já se buscou explanar neste estudo em tópicos anteriores, a periclitante situação do sistema criminal, da dogmática penal e da justiça tradicional é incontestável. Com isso, inegavelmente conclui-se que as finalidades da pena mostram-se cada vez mais mitigadas, e que a sistemática hodierna é ilegítima e ilegal. Porém ainda assim consegue impor a sua ‘pseudo legitimidade’ para a coletividade, pois segundo os autores abolicionistas, isto ocorre em virtude de a sociedade não haver nunca vislumbrado o que Hulsman denomina de ‘alternativa confiável’, segundo o autor:

“(...) uma instituição que não produz, em absoluto, os efeitos externos que promete e cujo modo de funcionamento está em desacordo com os valores importantes aos quais as pessoas estão aderindo, pode continuar a ser considerada legítima quando as pessoas não vislumbrarem a possibilidade de uma alternativa confiável (...) No meu entender as ‘alternativas confiáveis’ devem ser mostradas numa descrição cuidadosa; análise e avaliação do que está acontecendo, de fato, fora da justiça criminal (...) As alternativas não são utopias distantes, mas são parte da vida diária, continuamente inventada pelos atores sociais.”²²⁸.

Destarte, não se podem formular teorizações com alternativas confiáveis, inspiradas no abolicionismo penal, sem que para isso deixe-se de analisar as dificuldades apresentadas por este, nomeadamente em operacionaliza-se, por meio de uma sistematização metodológica. Assim, estas dificuldades são expostas primordialmente por seus principais críticos, tornando-se imperioso que se passe a averiguar os pormenores apontados por estas, para que com isso ventilem-se as almejadas e ambiciosas ‘alternativas confiáveis’, tendo como ponto de partida tais posições críticas.

Cumpre-se salientar, que por mais instigadoras e arrebatadoras que sejam as Teorias Abolicionistas, por infortúnio não existem proclamações em nível

²²⁸ HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, 1993, p. 162-165.

global, de que qualquer Estado tenha aplicado-a absolutamente, abolindo sua cultura punitiva. Nesse contexto, assevera-se que não restam incertezas, de que este fato deve-se além das considerações acima mencionadas, também por um discernimento social, que carrega impregnado consigo uma cultura punitiva intrinsecamente. Assim, a sociedade prefere seguir impulsionada por uma inércia irracional que privilegia o caráter vingativo da pena, já que assim supostamente sentem-se protegidos do ‘mal’ que o crime pode causar, sob uma visão erroneamente dicotômica do mundo, sem que perceba que a violência opressora imposta ao infrator, utilizada pelo Estado para em tese salvaguardá-la, voltar-se-á para a mesma sociedade, após o árduo cumprimento da pena. Assim, é temerosa a conclusão de que ao invés de a sociedade movimentar-se rumo ao abolicionismo penal, esta se tem direcionado ao expansionismo deste, como aduz a autora Vera Andrade:

“(...) a reivindicação de sua [do sistema penal] redução e abandono convive com a de sua expansão; e se aquela primeira se faz acompanhar de um fortalecimento das garantias inexistentes, esta preconiza o próprio abandono de seu reconhecimento formal.”²²⁹.

Além do mais, aspecto diverso que corrobora para esta massificação social da cultura punitiva, são os meios de comunicação, que contemporaneamente fomentam uma quimera punitiva, que promove a concepção distorcida de que somente a privação da liberdade tem o escopo de eficazmente reprimir os conflitos sociais e individuais tidos como delitos. Esta mesma mídia, ainda promove preceitos de ampliarem-se as equações que resultam em sanções equivalentes as prisões, por meio da disseminação social do medo, que culminam no alargamento das sanções penais, ao invés da promoção de políticas de cunho humanistas no Direito Penal²³⁰.

O direito penal se tornou mercadoria midiática valiosa no mundo globalizado. Por todos estes motivos, passa-se na presente pesquisa a analisarem-se os pontos frágeis do abolicionismo penal, para que posteriormente se possam esboçar

²²⁹ Vide ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 296.

²³⁰ Cfr. BUDÓ, Marília Denarin. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal *Unirevista*, vol. 1, n° 3. Santa Catarina: UFSC, julho-2006.

proposições indicativas de uma possível operacionalização do Abolicionismo Penal, que surgiria com a aglutinação das principais ideias deste movimento.

2- DAS PRINCIPAIS CRÍTICAS ÀS TEORIAS ABOLICIONISTAS

Antes mesmo de versar-se acerca destas dificuldades acima referidas, faz-se oportuno ratificar que independentemente dos níveis de intensidade do abolicionismo penal, que vão desde predileções às atuações mais minimizadas, até metodologias mais radicais, ainda assim aduz-se que todos os abolicionistas congregam da perspectiva de que o objeto destas teorizações não consistem em pormenorizadamente abolir todo e qualquer instituto jurídico de cunho coercitivo, nem todas as instituições formais de controle, e sim extinguir a famigerada cultura punitiva arraigada no âmago social, bem como a atual ideologia falida dos dogmas penais, que não se prestam aos fins que se propõem. Ressalta-se ainda que os abolicionistas não possuem a ilusão de que caminhar-se-á para a inexistência de crimes, posto que tenham consciência de que o crime é um fato jurídico-social inevitável, não pretendendo-se extingui-lo, mas sim vê-los sob outra ótica, não estigmatizante.

Mesmo não tendo qualquer pretensão de expurgar absolutamente as práticas criminosas do mundo, ainda assim há autores que o criticam por esta ambição que nem mesmo possuem, como Hassemer e Muñoz Conde, quando afirmam que o abolicionismo penal não levaria em conta a fascinação que o mundo delitivo provoca, sendo portanto um fenômeno que inevitavelmente faz parte das experiências humanas cotidianas, senão vejamos *in verbis* “*Esa fascinación de lo criminal es también un obstáculo a la tesis en pro de la "abolición del Derecho penal (...)* Pero la abolición de la criminalidad es una meta utópica en el peorsentido de la palabra.”²³¹.

Dentre as principais críticas destas teorizações, há algumas que merecem destaque, em virtude de serem recorrentes nas literaturas dos que discordam no todo ou em parte com o Abolicionismo Penal. Sob uma visualização eminentemente didática, apontam-se como principais a este movimento a ‘*crítica à inexistência metodológica*’; a ‘*crítica aos fundamentos antropológicos*’; a ‘*crítica sociológica*’; a

²³¹ Vide HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 1989, p. 32.

‘*crítica retribucionista*’; e a ‘*crítica metacientífica*’²³², que acabam por delinear as proposições que assinalam os ângulos langorosos do abolicionismo e por isto devem ser considerados para as ponderações de pertinentes formulações metodológicas, conforme pretender-se-á efetuar.

Acerca da ‘*crítica à inexistência metodológica*’, já mencionamos acima que efetivamente, não há entre os abolicionistas um autor que postule um caminho metodológico preciso, que viabilize de fato o abolicionismo penal, tornando-o definitivamente operativo e aplicável. Esta é uma das principais críticas aos abolicionistas, sob a alegação de que estas teorias não passariam do campo filosófico e teórico. Assim, nesta perspectiva, os críticos enfatizam que esta implicação do abolicionismo, não se soluciona com mera obstinação, pois está relacionada com o contexto epistemológico que o imobiliza. Estes alegam ainda que os pensadores abolicionistas, com toda a sua radicalidade, não apresentam opções práticas de soluções alternativas realmente eficientes. Nesse sentido aponta Scheerer:

“(…) *la característica más irritante de la literatura abolicionista es la negativa de plasmar en un proyecto alternativas para la prisión y para el sistema de justicia penal. (...) Lo que empeora todo es la obstinada negativa de los abolicionistas a reconocer este negativismo como un signo de inmadurez o incapacidad.*”²³³.

Seguindo-se neste almiré, tecem a ‘*crítica ao fundamento antropológico*’ do abolicionismo penal, tendo em vista que segundo os autores críticos, este movimento seria em tese ‘utópico’ e ‘idealista’, já que se veem com imensas desconfianças as suas proposições relativas à mitigação da autonomia estatal, quando da resolução dos conflitos que circundam o crime, privilegiando-se as soluções privadas. Segundo os que censuram estas teorizações, tais medidas acarretariam um *bellum omnium contra omnes*, ou seja, o retorno à vingança privada e conseqüente eclosão de respostas individuais de cunho exclusivamente retribucionistas.

²³² Críticas não taxativas, disposto didaticamente pelo autor Demetrio Crespo. Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *De nuevo sobre El pensamiento abolicionista*. In: PISANI, Mario (coord.). *Cahiers de Defense Sociale: Droit Penal entre Abolitionnisme et Tolerance Zero*. Milano: Societé internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste, 2003, p. 107-130.

²³³ Vide SCHEERER, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*. In: SCHEERER, Sebastian (et. al.). *Abolicionismo Penal*. Traducción por Mariano A. Ciafardini y Mrita L. Bondanza. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989, p.24.

Tal posicionamento é elucidado nos estudos de Ferrajoli, quando afirma que uma vez adotado o abolicionismo penal, se retroagiria “(...) *Quella della società sregolata lasciaino in preda al bellum omnium contra omnes, e quella dellidilliaca società primitiva non contraminata da conflitti intersoggettivi (...)*” ²³⁴. Ainda nesse sentido, críticos apontam que uma vez abolido o sistema penal, poder-se-ia alcançar uma indesejável abolição dos próprios limites impostos a este ramo do direito, onde segundo estes críticos correr-se-ia o risco de instaurar-se uma sociedade de caráter disciplinador e com controles ilimitados, apontando Pavarini que “(...) *la cuestión que caracteriza más profundamente al movimiento abolicionista radical es la ‘obsesión’ disciplinaria (...)*” ²³⁵

Concernente à ‘*crítica sociológica*’ levantada ao abolicionismo penal, esta se vincula nomeadamente as teorias formuladas por Nils Christie, especificamente no que se referem às condições necessárias para diminuição de dor ²³⁶ que disserta o autor, posto que estas, não guardariam em tese, compatibilidade com os princípios fundamentais de organização social. Nesse sentido, defende Pavarini que as hipotéticas proposições abolicionistas caracterizam-se sempre por uma crença desmedida em sentimentos sociais subjetivos, como a solidariedade, a condescendência, o perdão e a participação da comunidade, e que isto implicaria na demanda de uma conexão ideológica, que na realidade inexistente nas sociedades contemporâneas, demonstrando toda a fragilidade do abolicionismo penal ²³⁷.

Ainda, pontua-se a ‘*crítica retribucionista*’ que se insurge veementemente contra a abolição da concepção da pena enquanto castigo, já que não se poderia abandonar a finalidade retribucionista da pena, pois tanto sob os preceitos de uma perspectiva vitimológica, a qual assevera em tese a vítima querer e merecer, que o ofensor seja punido, bem como sob os princípios de teorias esquerdistas, as quais

²³⁴ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, 1998, p. 234-240.

²³⁵ Vide PAVARINI, Massimo. El sistema del Derecho penal: entre el abolicionismo y el reduccionismo. *Poder y Control*, n.1. Barcelona, 1987, p. 154.

²³⁶ Estas condições relatadas por Christie, já foram anteriormente analisadas, sendo estas a compreensão mútua entre pessoas envolvidas; a devolução da autonomia do conflito aos envolvidos; instituições comunitárias com responsabilidades efetivas; interdependência entre os entes sociais; e um sistema social de valores que valorize a solidariedade entre seus membros.

²³⁷ Cfr. PAVARINI, *op. cit.*, 1987, p. 142-146.

asseguram ser inviável responder aos crimes de colarinho branco ²³⁸ com resoluções abolicionistas ²³⁹.

Nesse mesmo sentido, cumpre-se assinalar a ‘*crítica metacientífica*’, que consiste em reputar todo o pensamento abolicionista, sob o argumento de que este não possuiria qualquer originalidade científica, tendo em vista que supostamente utilizariam de premissas, reflexões e silogismos, pertencentes aos postulados da criminologia crítica e que somente trás de novo ao mundo acadêmico um idealismo utópico e um realismo impudente acerca do sistema penal hodierno. Segundo estes críticos, acreditar que a abolição do sistema poderia reduzir o sofrimento e a dor causados por este, são suposições não evidenciadas na prática ²⁴⁰.

Em que pese o dever de respeitarem-se os pontos de vistas que divergem dos pertencentes ao presente estudo, quando da análise das críticas supramencionadas, soa-se que as partes majoritárias, destas ponderações desaprovadoras, se devem a absoluta incompreensão dos princípios formadores do Abolicionismo Penal e de seus fundamentos metodológicos, já que se mostram axiomáticas a valiosas proposições ‘radicais’, ‘utópicas’ e ‘humanistas’, que segundo a apreciação do autor Demetrio Crespo:

“No se puede negar que los valores de la radicalidad (entendida como “ir a la raíz”), la utopía (como horizonte de lo que “debe ser”), el humanismo (que no humanitarismo o “paternalismo ético”), y la solidaridad, en los que se basa el movimiento abolicionista, tienen un sentido positivo por sí mismo.” ²⁴¹.

²³⁸ Nas preleções de Cláudia Cruz Santos, acerca dos crimes de colarinho branco “(...) mesmo nos casos em que a notícia do crime do colarinho branco chega ao conhecimento da polícia, pode não se verificar o empenho necessário à conveniente investigação (...) E é neste momento que funcionam os próprios preconceitos dos policiais: numa conjuntura de insuficiência dos recursos face ao número de casos a investigar, há que fazer escolhas (...)”. Vide SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça penal*. Coimbra: FDUC, 1999, p. 243.

²³⁹Cfr. LARRAURI, Elena. Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista. *Poder y Control*. Barcelona, n.3, p.95-116, 1987.

²⁴⁰ DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, 2003, p.125.

²⁴¹ Vide DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, 2003, p. 127.

3- ENSAIO DE TENTATIVAS PARA SUPERAR AS DIFICULDADES DA ABOLIÇÃO PENAL

Conforme amplamente noticiado anteriormente, após todos esses anos de experimentos supostamente visionários, de melhoramento dos sistemas penais atuais, estes continuam mostrando-se falhos e ineficazes, nomeadamente no que se refere ao alcance ineficaz das finalidades da pena. Pode-se dizer que princípios formadores do Direito Penal moderno, mostram-se como verdadeiros colapsos práticos, como o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, que vem sendo completamente omitido. A *ultima ratio* é simplesmente ignorada, não se podendo olvidar da evidente falácia denominada de ressocialização. Mais gravoso ainda, consiste no fato de os princípios relacionados com os direitos e garantias fundamentais, serem cotidianamente lesionados por este sistema insano. Até mesmo a própria dignidade da pessoa humana mostra-se como mera conjectura teórica, frente à animalização que sofrem os “clientes” do modelo criminal vigente.

3.1- A DOGMÁTICA PENAL EM QUESTÃO

Os teóricos abolicionistas evidenciam reiteradas vezes as necessidades de uma reconstrução na dogmática penal coeva, em virtude dos inúmeros efeitos atrozés que esta acaba gerando. Nesse liame, pontua-se que o abolicionismo penal, apesar de ter sido incitado pela crítica às mazelas na execução da privação da liberdade, as censuras abolicionistas ao sistema penal ultrapassaram esse âmbito, transbordando e indo além. Ao culminar com a demonstração da falência da dogmática penal, inaugura as indagações acerca da devida associação entre a criminologia e os dogmas penais. Nessa perspectiva, ao frisar-se o questionamento se os dogmas penais cumprem suas funções racionalizadoras e garantidoras, que os tornaria legítimos, acaba-se por concluir pelo incumprimento de tais atribuições, razão pela qual inequivocamente identifica-se a necessidade da transformação ²⁴².

²⁴² Cfr. ANDRADE, Vera R. P. *Dogmática e Sistema Penal: em Busca da Segurança Jurídica Prometida*. Florianópolis: UFSC, 1994, p. 360-366.

Sendo assim, a primeira consideração a ser efetuada, consiste na oportuna conveniência de inserir-se a dogmática penal, analiticamente, nos domínios do sistema penal, para que assim, seja possível que estes dogmas passem a serem vetores ativos tanto no contexto da programação normativa e formulações penais em abstrato, quanto nos contornos da aplicabilidade da justiça penal, ou seja, tanto na criminalização primária, como na secundária. Isto possibilitaria que de fato aglutinasse-se ao direito penal, um exercício de poder punitivo instrumental garantidor e racionalizador ²⁴³.

Outra proposição abolicionista acerca da Dogmática Penal, e de extrema relevância, consiste em questionamentos acerca da teoria do delito, nomeadamente a plausível análise crítica do elemento culpabilidade. Esta consiste no terceiro elemento dialético da teoria do crime e apresenta-se como “(...) *o tema mais tormentoso do Direito Penal desde os primórdios.*” ²⁴⁴, tendo em vista as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que pairam sobre ela, em todo o universo jurídico.

A culpabilidade quando ainda era uma teoria em desenvolvimento, no final do século XIX e início do século XX, fundava-se nos preceitos do Liberalismo. Logo, a prática de um delito deveria ser observada sob a ótica do homem livre, que tinha a faculdade de praticá-lo ou deixar de fazê-lo, sendo “(...) *fundada na reprovabilidade ou na exigibilidade resultante da autodeterminação do sujeito.*” ²⁴⁵, ou seja, um juízo de valor jurídico de reprovabilidade, que deve recair sobre a conduta humana provoca na coletividade.

Atualmente, esta é admitida de forma mais objetiva, tendo em vista que se consideram determinados requisitos para identificá-la, quais sejam a ‘*imputabilidade*’, a ‘*exigibilidade de conduta diversa*’, e a ‘*potencial consciência da ilicitude do fato*’, o que leva à conclusão que atualmente a culpabilidade seria a reprovabilidade que atua sobre o infrator, que poderia ter agido de forma diversa, e no exercício de sua liberdade, optou pela reprovável socialmente.

Porém, cumpre-se mencionar que desde sua formulação mais primitiva, até os dias coevos, a culpabilidade vem-se mostrando cada vez mais crítica,

²⁴³ Ibidem, p. 364-365.

²⁴⁴ Vide FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 125.

²⁴⁵ Vide HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Alflen. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005, p. 306.

nomeadamente quanto aos seus aspectos práticos. Isso porque, sua interpretação e implementação em casos concretos, por vezes não é feita, ou quando efetuada, é de forma equivocada, gerando um frustrante fiasco para os que acreditam na culpabilidade como elemento humanizador do Direito Penal. Deduz-se ainda que esta adversidade “(...) *está intimamente relacionada à impossibilidade ou dificuldade de comprovar que o agente, no caso concreto, poderia ter atuado de outro modo.*” ²⁴⁶.

Nesse contexto é que o doutrinador abolicionista Zaffaroni, critica a dogmática penal acerca da teoria do delito, primordialmente no que se refere à culpabilidade. Este concebe então a Teoria da Vulnerabilidade, dando-lhe este título por asseverar que o sistema penal não pune com base autodeterminação do agente que pratica ato criminoso, mas sim o seleciona para penalizar, em virtude de maior ou menor vulnerabilidade da pessoa, frete a este sistema punitivo. Diante disso, o jurista argentino assevera que a vulnerabilidade do agente ativo de um ilícito penal, deve ser mensurada a partir de contingências fáticas de cada sujeito ²⁴⁷.

Assim, a vulnerabilidade estaria atrelada à culpabilidade e ponderar-se-ia que quanto maior a vulnerabilidade do agente ao sistema, menor a sua culpabilidade, visando culminar-se em uma culpabilidade equilibrada e um sistema menos seletivo, mais legítimo e mais racional. Como bem prescreve Zaffaroni, a culpabilidade por vulnerabilidade é uma censura ética à atual culpabilidade, e seria uma das alternativas na dogmática penal, para conter o poder estatal, em suma:

“(...) la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor (...). Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona al momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad.” ²⁴⁸.

²⁴⁶ Cfr. BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Libertades*, n.08, set-dez 2011.

²⁴⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 652-656.

²⁴⁸ Vide ZAFFARONI, *op. cit.*, 2002, p. 625-626.

No mesmo liame, postula o abolicionista Nils Christie quando alega que uma forma de controlar-se o poder punitivo estatal, seria por meio da análise de condições pessoais dos sujeitos submetidos às sanções estatais. Assim, quando qualificadas, reduziriam a vulnerabilidade perante o Estado, logo admitindo que a vulnerabilidade é elemento que deve ser considerado na dogmática penal. Ainda aduz que podem ser determinados vários aspectos identificadores da vulnerabilidade de um sujeito, perante o Direito Penal, mas pontua serem relevantes o status social e as qualificações especiais, já que tais requisitos são inversamente proporcionais à vulnerabilidade. Nesse diapasão, esclarece que:

*“A way of controlling power is to make the wielders of power vulnerable. Vulnerability might be established in several ways. Three are particularly important. They are vulnerability through equality in status, through equality in qualifications, and through close and available physical proximity. (...) “Special qualifications” represent another shield against vulnerability. Experts on social matters have that form of defence.”*²⁴⁹.

Portanto, far-se-ia pertinente esta alteração na Teoria do Crime, posto que o conceito de culpabilidade coevo tornou-se insustentável, não merecendo mais fazer morada na dogmática penal hodierna. A culpabilidade por vulnerabilidade é uma teoria com inspiração da criminologia abolicionista, o que ratifica a primeira proposição, de que os dogmas penais, para serem vetores ativos, devem ser formulados com a interação de vários ramos do direito, dentre eles a criminologia, que é disciplina integradora do Direito Penal.

Ainda, no que se referem às discussões acerca de reformulações pertinentes na Dogmática Penal, visando o aprimoramento desta ciência rumo ao abolicionismo penal, ainda pode-se mencionar a necessidade de deixar-se de admitir o *jus puniendi*, passando-se a adotar o *potentia puniendi* do Estado, conforme dispõe Zaffaroni. Sendo assim, a sanção estatal não deve constituir-se em um ‘direito de punir’ e sim em um ‘poder de punir’. Tal preceito segue o raciocínio de que o Direito Penal deve ser exercido sempre em consonância com o Estado Social e Democrático de Direito, pois a natureza intrínseca do Estado de poder absoluto, deve ser contida e

²⁴⁹ Vide CHRISTIE, *op. cit.*, 1981, p. 32.

limitada, nomeadamente no que tange seu poder punitivo, sob pena de cometimento de lesões a direitos fundamentais.

Destarte, percebe-se que a nítida predominância dos limites formais do poder punitivo do Estado, visando à proteção de direitos e garantias fundamentais, confirma a inexistência de um Direito Penal subjetivo do Estado ou um *ius puniendi*, o que por via oblíqua assegura a utilização do Direito Penal para uma contenção do poder punitivo daquele, concluindo-se pela existência de um *potentia puniendi*, conforme ratificam Zaffaroni, Alagia e Slokar, quando afiançam que:

*“Siendo este el modo de limitar derecho, pocas dudas pueden haber acerca de que el outro es el modo de limitar el poder. De allí que sea posible afirmar que no existe un jus puniendi, sino una potentia puniendi que es necesario contener para que no cancele todos los derechos.”*²⁵⁰.

Portanto, após a concepção de que se necessitam reelaborações na dogmática penal, como as acima relatadas, perceber-se-á um avanço importante para conseguir-se implementar os próximos passos propostos a seguir, rumo ao abolicionismo penal. Estas consistem na implementação de dogmas norteadores de caráter ativo, tanto na construção da lei penal, quanto na aplicação desta, integrados a outras ciências, como a criminologia; bem como a reestruturação da teoria do crime, primordialmente no que se refere à adoção do quesito da vulnerabilidade quando da análise da culpabilidade; e ainda a admissão de um *potentia puniendi* do Estado. Cumpre-se ratificar que tomar tais medidas, objetiva a adoção paulatina das teorias abolicionistas, pois como já se mencionou, todas as transformações ao longo da história da humanidade, não são abruptas e imediatas.

3.2- PROCESSO DE ‘CIVILIZAÇÃO’ DO DIREITO PENAL

Por infortúnio, hodiernamente observa-se uma ingrata ‘*inflação legislativa*’ na seara penal, gerada por diversos motivos, nomeadamente promovida pela mídia, conseqüentemente na opinião pública, e esta sobre o Poder Legislativo, em uma

²⁵⁰ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, 2002, p. 136.

tentativa insana e descabida de diminuir-se a criminalidade, que como já vislumbrado anteriormente, é medida que padece de absoluto insucesso. Além de restar configurado tal diligência mal lograda do poder público, ainda oblitera-se por completo a natureza subsidiária do Direito Penal, reguardada pelo princípio da *ultima ratio*. Nesse sentido ressalta Rogério Greco “*A inflação legislativa, ao contrário do que muitos pensam, em vez de ajudar no combate à criminalidade, somente traz insegurança e incerteza no que diz respeito à aplicação da lei.*” ²⁵¹.

Destarte, partindo-se da reformulação na dogmática penal acima explicitada, tornar-se-á realmente efetivo o primordial princípio penal do *ultima ratio*, e consequentemente dever-se-á permanecer sob a guarda e égides das ciências penais, somente os bens jurídicos que de fato mereçam assim estar ²⁵². Nesse diapasão, percebe-se que determinados bens jurídicos, nem mesmo merecem ser tutelados pelo direito, dada sua ‘insignificância’, ao passo que os demais bens jurídicos, os quais se entendam ser passível de resguardo pelo direito, o seria não das ciências criminais, mas sim pela tutela do Direito Civil.

Assim, em diversos casos, conforme se pretenderá elucidar, tais medidas de cunho civil, demonstram-se mais eficazes, tanto no que se refere ao ofendido, e ao ofensor, bem como no que diz respeito à sociedade. Dessa forma, acredita-se que as finalidades da pena, tão docemente exaltadas nas teorias jurídico-penais e tão amargamente preteridas na realidade prática dos sistemas penais hodiernos, poderão ser efetivamente alcançadas e acauteladas. Nesse sentido, já eram as indicações de Cesare Beccaria, quando mencionava que a certeza da efetiva aplicação de uma pena, mesmo que mais branda, é deveras mais eficaz ao que se põe do que penas mais contundentes, senão vejamos:

“(...) um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade” (...) certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre

²⁵¹ GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 334.

²⁵² Nesse sentido discorrem Valter e Newton Fernandes, dissertando que é “*Óbvio que existe prevenção sem pena, mas pena sem prevenção é pura vingança (...) Não se pode negar, contudo, que em todas as legislações criminais modernas a tendência é de restringir a pena privativa de liberdade aos delitos mais graves e aos infracionais que o agente ativo revela marcante periculosidade.*”. Vide FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, 2012, p. 579.

uma maior impressão do que o temor de um outro mais terrível, unido com a esperança de impunidade; porque os males, mesmo os mínimos, quando são certos, atemorizam sempre os espíritos humanos (...) deve ser essencialmente (...) a mais pequena possível (...)"²⁵³.

Essa infinidade exacerbada de leis, com disposição de punições enfáticas, somente são aplicadas a uma quantidade ínfima de fatos jurídicos concebidos como crime, traduzindo-se em uma sensação de impunidade, que jamais existiria se somente fossem tipificadas, condutas realmente pertinentes. Tal inflação legislativa causa uma sensação maléfica de impunidade, podendo-se asseverar até mesmo que provoca um estado de anomia, já relatado nos estudos de Émilie Durkheim ²⁵⁴ ²⁵⁵. A sociedade coeva experimenta o amargo sabor da transformação de um Estado Social e Democrático de Direito em um Estado Penal, conforme aduz Rogério Greco, ao asseverar que:

“O princípio da intervenção mínima, basicamente perdeu o sentido. O raciocínio de que ao Direito Penal somente interessa a proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, cedeu lugar àquele que diz que todos os bens merecem ser protegidos pelo Direito Penal.”²⁵⁶.

Nesse diapasão, cumpre-se por oportuno destacar, que a concepção de importância e necessidade de proteção de bens jurídicos é relativa, variando de acordo com fatores sociais, culturais e políticos de cada sociedade. Em razão disto, já se faz a ressalva que se torna inviável uma pré-determinação definitiva e absoluta de quais bens jurídicos deveriam ser tutelados pelo Direito Penal. No entanto, deve-se ter

²⁵³ Vide BECCARIA, *op. cit.*, 1998, p. 115-163.

²⁵⁴ Durkheim aborda a teoria da anomia, sob uma perspectiva moral e política. Destarte, segundo Figueiredo Dias e Costa Andrade, “(...) a anomia significa apenas a falta de harmonia fática ou normativa entre determinados papéis ocupacionais.”. Vide DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Manual de Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 316.

²⁵⁵ Cfr. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 187-199.

²⁵⁶ Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 336.

precipuamente o prisma de princípios como a *ultima ratio*, leia-se a efetiva intervenção mínima, tendo em vista que somente assim selecionar-se-ão os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma otimizada, voltados à satisfação das finalidades da pena ²⁵⁷.

Conforme se pretenderá explicar no tópico subsequente, diversos bens jurídicos hoje tutelados pelo Direito penal devem ser tutelados por outros ramos das ciências jurídicas. Desta forma, aponta-se como pertinente o emprego da nomenclatura ‘civilização’ do Direito Penal, com duas acepções distintas que acabam convergindo. Em uma primeira, utiliza-se no sentido de determinados bens jurídicos deixarem a proteção das ciências criminais e passarem a ser tutelados pelo Direito Civil. Em um segundo significado vê-se a transcrição da intenção de auxiliar na transformação do Direito Penal coevo, em algo menos irracional e mais civilizado. Para tanto, apontam-se primordialmente dois feitos aplicáveis, quais sejam a ‘seleção otimizada dos bens jurídico-penas’ e a ‘reconstrução do instituto jurídico do ‘delito civil’

3.2.1- SELEÇÃO OTIMIZADA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS

Diante da necessidade de ‘civilizar-se’ o Direito Penal, faz-se pertinente uma triagem mais aprimorada dos bens jurídicos que merecem estar sob a égide deste ramo das ciências jurídicas, sob a ótica das já tão estudadas intervenção mínima e natureza subsidiária do Direito Penal ²⁵⁸. Sendo um norte balizador deste processo, devem-se observar como bens jurídicos de alta valoração, aqueles protegidos constitucionalmente ²⁵⁹, já que este importantíssimo instrumento legal, carrega seu

²⁵⁷ Para estudo mais aprofundado Cfr. PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: Ibccrim, 2002, p. 89-161.

²⁵⁸ Segundo Guilherme Nucci, “*O direito penal é considerado ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator (...) Enfim, o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados.*”. Vide NUCCI, *op. cit.*, 2011, p. 86-87.

²⁵⁹ Nesse sentido é o que preleciona o doutrinador Luiz Flávio Gomes, “*(...) o legislador, apesar da margem de liberdade (com que conta) no exercício da sua atribuição de selecionar os bens jurídicos (...) está vinculado à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela.*”. Vide GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

relevante conteúdo normativo, pautado nos aspectos históricos e culturais de cada sociedade ²⁶⁰. Nesse sentido, o doutrinador Rogério Greco disserta com ênfase quando pugna por critérios mais contundentes na seleção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, senão vejamos:

“(...) podemos tomar como referência de valores superiores aqueles inseridos na Constituição. Considerando uma hierarquia de bens, necessária ao raciocínio da proporcionalidade, teríamos, obrigatoriamente, de começar pelo estudo daqueles que, em decorrência de sua importância, ganharam foros constitucionais.” ²⁶¹.

Em que pese a incontestável relevância dos bens jurídicos que possuem *status* constitucional, de outra feita, não se podem olvidar de bens jurídicos que mesmo não estando diretamente sob a guarida da Lei Fundamental de determinada sociedade, também devem ser salvaguardados em virtude de sua magnitude social, histórica e cultural ²⁶². Em contrapartida, os bens que não possuem alto grau de imprescindibilidade do abrigo do Direito Penal, tem uma proteção ilegítima quando assim são tutelados, por isto devem ser aplainados a outros ramos do sistema jurídico. Nesse sentido, dispõe efusivamente a doutrinadora Anabela Rodrigues, *in verbis*:

“(...) na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais (...) a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais. Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política

²⁶⁰ Cfr. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24-28.

²⁶¹ Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 341.

²⁶² Segundo Maria Ferreira da Cunha, aduz que aspecto primordial que deve ser observado é a “(...) fundamentalidade de que os bens se devem revestir para a realização humana em comunidade e não na natureza material ou imaterial (...) pois nem só os bens com *abstracto material*, apreensível pelos sentidos, são essenciais ao homem”. Vide CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 85-88.

criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições a uma pacífica convivência dos indivíduos-cidadãos, só nesta medida logrando, pois, legitimidade a intervenção jurídico-penal.” ²⁶³.

Ainda neste mesmo sentido, oportunamente ressalta-se que existem determinados bens jurídicos, que se encontra em uma denominada *área de consenso*, por possuírem importância expressiva em praticamente todas as sociedades e conseqüentemente em todos os ordenamentos jurídicos, como homicídio e roubo. Há outros bens jurídicos que se alocam no que se pode intitular de *área de conflito*, já que podem ser comuns em determinada sociedade e severamente punido em outras, como o aborto e a homossexualidade ²⁶⁴. Nesse diapasão é que pugna-se pela designação de um tratamento francamente cuidadoso quando da pormenorização das *áreas de conflito*, posto que aí façam morada as dificuldades da seleção otimizada dos bens jurídicos que devam ser tutelados pelo Direito Penal, conforme bem delinearam os doutrinadores Figueiredo Dias e Costa Andrade, quando aduzem que:

“Há crimes – e não cabe aqui enumerá-los – que exprimem um inequívoco consenso de toda coletividade e que despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade. Trata-se, além disso, de crimes comuns à generalidade das sociedades tendencialmente constantes ao longo da história. Não faltam, porém, crimes ‘criados’ para emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um determinado arquétipo de organização econômica, social ou política. (...) Como facilmente se intui, é aqui que o problema da definição do crime se converte num problema eminentemente político.” ²⁶⁵.

No que se refere à seleção de quais condutas devam ser proibidas e penalizadas pelo Direito Penal, o doutrinador Luiz Flávio Gomes afiança que existem duas funções distintas na designação dos bens jurídicos protegidos por este ramo do direito, quais sejam a *indicativa* e a *negativa*. O aspecto indicativo consiste no fato de

²⁶³ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 268-283.

²⁶⁴ Cfr. GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 340-349.

²⁶⁵ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 89.

ao selecionar tais bens para estarem sob a guarda do Direito Penal, indica-se nitidamente que somente os bens importantes, indispensáveis e essenciais ao convívio em sociedade, devem ser objetos considerados para a ciência criminal, como a vida e a liberdade. Outro adjetivo seria o caráter negativo, já que segundo o autor, pode-se afirmar enfaticamente, quais os bens que não poderão de forma alguma ser objeto de tutela do Direito Penal, como a religião ²⁶⁶.

Destarte, vê-se nítida a indicação da doutrina hodierna, de que em um Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal somente deve tutelar os bens jurídicos imprescindíveis à convivência humana em sociedade. Contudo, tal indubitável assertiva encontra seu maior entrave na subjetividade da definição desta imprescindibilidade. Logo, de quais seriam estes bens que prescindem da guarda penal. Nesse diapasão ensina Alice Bianchini assegurando que “(...) *um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se exatamente na identificação desta classe de bem.*” ²⁶⁷.

É nesse contexto doutrinário de dificuldade prática em identificar-se que bens jurídicos devem ser tutelados pelo Direito Penal, que presente estudo almeja esboçar tal liame, sob a ótica do Abolicionismo Penal. Sendo assim, para que se possam superar as dificuldades práticas, emanadas pelas teorizações objeto central desta pesquisa, almejam-se identificarem-se os meios adequados para alcançarem-se os fins abolicionistas, razão pela qual se cumpre mencionar o *Esquema Minimalista Piramidal*, estrutura doutrinária que pode ser de inestimável valia para uma fase de transição, com a seleção otimizada dos bens-jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, rumo à concretização do Abolicionismo Penal.

O *Esquema Minimalista Piramidal* consiste em uma construção teórica a qual concebe uma pirâmide com quatro relevantes níveis. No alicerce desta, encontrar-se-iam a maioria dos tipos penais hoje dispostos, os quais poderiam ser tutelados por outros ramos do direito, já que prescindem da tutela penal. Logo, deixariam estes tipos de possuir cunho penal, tendo em vista sua natureza de bem não fundamental ao convívio social humano. Nesse esteio, dever-se-ia proceder a uma

²⁶⁶ Vide GOMES, *op. cit.*, 2002, p. 55.

²⁶⁷ Vide BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

‘depuração penal’, utilizando-se como filtros os direitos e garantias fundamentais, acabando por obstar a ‘inflação legislativa’, conseqüentemente propiciando uma pertinente ‘deflação legislativa penal’²⁶⁸.

Em um segundo nível, deste esquema piramidal estariam os delitos de pequeno potencial ofensivo, mas merecedores da tutela penal. Para dirimir estes conflitos penais, implementar-se-ia uma ‘justiça rápida’, que atuaria com uma celeridade fundada na negociação, na qual não seria permitida a aplicação de penas privativas de liberdade, o que já reduziria drasticamente a população carcerária dos sistemas penais. Atinente a esta camada da pirâmide, frisa-se que se acredita ser pertinente à utilização de formulações já existentes e que hodiernamente vem sendo aplicadas com êxito em diversos países, como as Penas Alternativas e a Justiça Restaurativa, conforme já explanamos acerca, anteriormente.

No terceiro nível piramidal, encontrar-se-iam os delitos que parecem não poder ser abolidos ou despenalizados, nem mesmo julgadas por uma justiça conciliadora, tendo em vista o senso punitivo arraigado no âmago da sociedade coeva. Destarte, para crimes com esta perspectiva, precisar-se-ia manter em um primeiro momento, a privação da liberdade, já que uma abolição abrupta desta modalidade de pena poderia causar revolta social, dada a ausência de preparo dos membros da sociedade, para aceitar tal medida, motivo que enseja este processo de transição. Ressalva-se que a execução destas penas, já que com uma diminuição significativa dos apenados, deveria de fato respeitar impreterivelmente a dignidade da pessoa humana. Por fim, no ponto mais alto da pirâmide estudada, encontrar-se-iam os delitos contra a humanidade, que continuariam ensejando respostas consistentes dos Estados. Em suma, o doutrinador Rogério Greco define essa teorização alegando:

*Así que, en definitiva, dentro de una visión minimalista, que ayudaría mucho al sistema penitenciario, deberíamos depurar los tipos penales existentes, revocando aquellos cuyos bienes protegidos no gocen de la relevancia requerida por el Derecho Penal (...)*²⁶⁹.

²⁶⁸ Cfr. GRECO, Rogério. *Derechos humanos, crisis de la prisión y modelo de justicia penal*. Burgos: Universidad de Burgos, 2010, p. 349-354.

²⁶⁹ Ibidem, p. 354.

Cabe apenas a ressalva dos pertinentes apontamentos realizados por Günther Jacoks, quando do direcionamento do Direito Penal para exclusiva proteção de bens jurídicos. Este jurista aponta que devem ser observados determinados aspectos importantes, dentre eles a definição de bem jurídico para fins jurídico-penais; se devem ser tidos como bens jurídicos autônomos de proteção apenas os individuais, ou também os coletivos; o que leva a indagação de qual o sujeito protegido pelo Direito Penal, o indivíduo ou o Estado; como seria feita esta seleção dos bens jurídicos a serem tutelados; como se daria a (in) disponibilidade destes bens jurídicos; e se estariam protegidas apenas as lesões a estes bens jurídicos ou apenas o perigo a eles já estariam tutelados ²⁷⁰. Diante de tais ponderações, as teorizações abolicionistas devem ser cautelosas ao selecionar os bens jurídicos de forma otimizada, atendendo a tais indagações.

Destarte, tais questionamentos, já possuem construções teóricas consistentes como acima discorrido. Já se pontuaram reiteradas vezes anteriormente, que não há como se falar em extermínio de atos ilícitos nas sociedades, já que estão intrinsecamente conectados à condição humana social. Porém nada impede de que por meio de uma seleção otimizada dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, poder-se falar em diminuição considerável dos crimes, tendo em vista que os fatos típicos criminosos são criações legislativas que emergem da vontade humana, condutas ilícitas antes tidas como crime, poderiam continuar a ser considerados como condutas ilícitas, porém deixando de ser crimes, já que passariam à ser ilícitos civis, tutelados por este ramo do Direito, promovendo um processo de descriminalização ²⁷¹. Tal hipótese enseja uma reconstrução teleológica do instituto jurídico ‘Delito Civil’, que viabilizaria a aplicação de uma coerção estatal mais eficaz para o alcance das finalidades da pena, primordialmente para os crimes que se encontram na base da pirâmide.

3.2.2- RECONSTRUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO ‘ILÍCITO CIVIL’

Em consonância com a seleção otimizada dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, gerariam efeitos extremamente positivos para o caótico sistema penal hodierno, como a real efetivação das finalidades da pena, a

²⁷⁰ JACOXS, Günther. *Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 49-52.

²⁷¹

ressocialização e que o princípio da *ultima ratio* deixar de lado falácias práticas vividas hoje. Tais preceitos norteadores do Direito Penal coevo precisam deixar de serem apenas teorias frias, inanimadas, distantes e passar a serem práticas cotidianas, vívidas, fumegantes. Daí nasce a necessidade de reestruturar-se a alocação dos ilícitos, desinflacionando os ilícitos penais, por meio de realocação de determinados crimes como ilícitos civis. Assim, ainda sofrerão a coerção estatal civil e não mais da esfera opressora e estigmatizante do sistema penal, pois nesta esfera, somente estarão os ilícitos que realmente necessitem de tal coerção, quais sejam aqueles do topo da pirâmide.

Nesse contexto, cumpre-se mencionar que o ato jurídico ilegal é qualquer ação praticada pelo homem, de forma comissiva ou omissiva, que seja contrária à moral ou à disposição de lei, conforme conceitua o doutrinador Barros Monteiro, onde “(...) *ato ilícito embora emane da vontade do agente e produza efeitos jurídicos, constitui delito, civil ou criminal.*”²⁷². Tal definição já leva a uma conclusão preliminar, de que há a indiscutível possibilidade de transportar a tutela de determinados bens jurídicos, hoje sob a égide do Direito Penal, para a guarida do Direito Civil, tendo em vista que ambos emergem no mundo, provenientes de um ato ilícito humano, logo sendo passível de uma devida realocação.

No decorrer da história do homem, a separação entre o ilícito penal e o ilícito civil foi acontecendo gradativamente, posto que nas épocas mais primitivas, não havia qualquer distinção entre estes. Ressalta-se ainda que a ideia de repararem-se os danos causados por qualquer ato ilícito é anterior à concepção de penas aflictivas, como castigos corporais ou a privação da liberdade²⁷³. Para alcançar este arquétipo atual onde vige a repressão estatal, a humanidade passou por outras fases, como a vingança privada, as composições voluntárias e as composições legais. Não obstante ser considerado atualmente como uma evolução, todos esses anos de penas estatais, somente demonstrou sua completa ineficácia, razão pela qual, há que considerarem-se

²⁷² Vide MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 39.ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 320.

²⁷³ Identifica-se que a reparação do dano em qualquer ato ilícito, antes mesmo de estipularem-se penas corporais, de morte, ou encarceramento, não é uma ideia moderna, mas sim uma concepção que retoma os preceitos “(...) *nas legislações mais antigas, como o código de HAMURÁBI, nos códigos chineses, no de MANU e nas leis hebraicas.*”. Vide MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *R. Inf. Legisl.*, ano 18, n.70. Brasília: abr/jun, 1981, p. 160-174.

possibilidades que admitam os aspectos positivos, não da vingança privada, mas sim das composições voluntárias e legais, que se aproximam das legislações civis, com coerção estatal menor, mas mais eficazes.

O Estado, quando em suposto desenvolvimento social, extingue a ideia de pena privada, com o intuito de impor exclusivamente a pena pública, acaba por retirar completamente dos reais interessados (autor e vítima), o domínio de seus conflitos interpessoais, conforme denunciam reiteradas vezes os pensadores abolicionistas. Ao monopolizar o ‘direito de punir’, o Estado acaba inviabilizando soluções mais realistas para cada conflito, tendo em vista que somente seus protagonistas podem auferir em concreto, qual a gravidade destes atos ilícitos. Portanto, ao analisar-se o quadro crítico do Direito Penal, crê-se que algo está muito equivocado, podendo ser um dos principais vetores da crise o fato de ao invés de ter-se aprimorado as composições privadas e legais, acabou-se optando por tornar o Estado réu de todos os delitos, o que hoje se mostra como opção equivocada. Nesse sentido são válidos os apontamentos de Guilherme Câmara “(...) o papel da vítima tende a ser cada vez mais secundário, quase insignificante (...) mero sujeito passivo ou objeto material do delito (...) Para Weigend a vítima de crime aceita bem o rótulo de “figura esquecida” do Direito penal.”²⁷⁴.

Sabe-se que os atos jurídicos subdividem-se em lícitos e ilícitos, e os ilícitos ainda podem ser subdivididos em penais e não penais, a exemplo dos civis e administrativos. Independentemente se penais ou não penais, ato ilícito é ação humana contrária à legislação, como acima mencionado, e apesar de haverem algumas teorizações que almejam delinear os aspectos que os distinguem, grande parte dos autores adota o posicionamento de que não há qualquer diferenciação ontológica entre estes²⁷⁵. Diante disso, sabe-se que a inexistência destas distinções concretas, acaba “(...) encarregando-se o legislador de fazer uso de um critério de oportunidade, de acordo com os valores vigentes, a indicar as ofensas mais graves, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais. A essas seriam reservadas as sanções penais.”²⁷⁶.

²⁷⁴ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 45.

²⁷⁵ Vide MEIRA, *op. cit.*, 1981, p. 169.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 169-170.

É nesse aspecto que se faz pertinente o raciocínio que para uma ‘deflação’ legislativa penal, determinadas ofensas que hoje estão resguardadas pelo Direito Penal e acabam ensejando a privação da liberdade, poderiam ter sido resolvidas na esfera civil ou administrativa, tendo seus protagonistas o domínio de seus conflitos. Tais medidas auxiliariam em resolução de conflitos de forma mais eficaz, bem como seria parte da solução dos problemas penitenciários. Ainda nesse sentido, faz-se válido trazer excerto da doutrina de Teixeira de Freitas:

“(...) a palavra delito, na sua acepção ampla, significa toda violação de direitos; em sua significação menos ampla, significa toda violação de direitos com intenção malévola; em significação restrita, significa toda ação ou omissão voluntária contrária à lei penal. Sem restringir-se à significação da palavra delito, não seria possível traçar a linha de separação entre o direito civil e o direito criminal.”²⁷⁷.

Diante disso, vê-se que não se pode perceber qualquer discernimento absolutamente vinculado à lógica, para pontuar a distinção entre delito penal e delito civil. Esta é uma circunstância exclusivamente relativa à política penal, já que tais distinções são extrínsecas e legais, e não intrínsecas e substanciais. Sendo assim, objetiva-se demonstrar com tais assertivas, que para uma transposição indicada, de ilícitos penais, para ilícitos não penais, não constitui algo intangível, necessitando-se apenas de medidas legislativas mais coerentes.

Nos preceitos do doutrinador português Beleza dos Santos, pode-se abstrair que o critério que distingue os delitos penais, dos delitos civis, é de natureza absolutamente pragmática. Para este autor, as sanções penais somente poderiam ser verificadas, quando fossem inaplicáveis as sanções civis, ou seja, quando o ato ilícito possuísse uma gravidade mínima, que optou nomear de ‘dignidade penal’²⁷⁸. Tais sábias preleções, infelizmente não podem ser verificadas nos dias hodiernos, pelo contrário, o que se visualiza é uma utilização imediata do Direito Penal, para quase todas as condutas ilícitas, graves ou não, razão pela qual se optou por indicar a presente reconstrução do instituto jurídico ‘ilícito civil’, para que abandone sua aplicabilidade

²⁷⁷ Teixeira de Freitas *apud* MEIRA, *op. cit.*, 1981, p. 170-171.

²⁷⁸ Beleza dos Santos *apud* CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. v.1. Coimbra: Almedina, 1968, p. 17.

reduzida, consequentemente efetivando o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal. Nesse sentido, aponta acertadamente José de Castro Meira:

*“A progressão crescente do civil sobre o penal não escapou a Emile Durkheim, que dela fez uma lei sociológica quanto à evolução jurídica dos povos. Todavia, parece-nos que tal progressão não é retilínea, mas sujeita a eventuais recuos, na medida em que a política legislativa muitas vezes penaliza ilícitos até então considerados meramente civis.”*²⁷⁹.

Portanto, conforme postulado por Durkheim, um dos elementos indispensáveis à evolução jurídica da humanidade, pode ser sociologicamente identificada no crime, já que a evolução nunca poderá ocorrer, se as condutas tidas como ilícitos, não tivessem sido proibidas, antes de abolidas. Nesse sentido postula o filósofo:

*“A liberdade de pensamento de que gozamos nunca poderia ter sido proclamada se as regras que a proibiam tivesse sido violadas antes de serem solenemente abolidas. No entanto, nesse momento, esta violação era um crime pois ofendia sentimentos que a generalidade das consciências ainda ressentia vivamente. Contudo, este crime era útil pois era o prelúdio de transformações que de dia para dia se tornavam mais necessárias.”*²⁸⁰.

Porém, infelizmente aduz-se sob esta ótica, que os tempos atuais podem ser considerados como um longo e prejudicial período de retração do desenvolvimento, já que somente criam-se novos crimes, porém sem aboli-los, gerando um acúmulo indesejado. Nomeadamente, porque a sociedade coeva considera inaceitável e inadmissível, conceber a solução de conflitos na esfera civil, de ilícitos mesmo que banais não merecedores da coerção estatal penal. Os membros da sociedade atual tem preferido ter seus conflitos ‘roubados’ pelo Estado. Destarte, a presente pesquisa indica como imprescindível a ‘civilização’ do Direito Penal, com a seleção

²⁷⁹ Vide MEIRA, *op. cit.*, 1981, p. 174.

²⁸⁰ Vide DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claretto, 2007, p. 86.

otimizada de bens jurídicos e a reformulação do ‘delito civil’, para que assim, com uma quantidade deveras reduzida de sanções penais aplicáveis, possa-se começar a pensar em real ressocialização, rumo a um Direito do futuro, mais racional e menos penal. Nesse diapasão:

(...) deverão ser criados tipos penais em que haja a previsão de necessidade de representação da vítima para a abertura das investigações, bem como para o início da ação penal. Assim, somente com a conjugação da vontade da vítima poderia (...) dar início aos persecutio criminis in judicio.”²⁸¹.

3.3- CONSIDERANDO ALTERNATIVAS À PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Se concretizadas as medidas acima mencionadas, apenas poucos bens jurídicos, quando lesionados, poderão vir a ser tutelados pelo Direito Penal, tendo em vista que com regular respeito ao princípio da subsidiariedade, mesmo bens jurídicos de extrema relevância, como vida, liberdade e integridade física, somente poderiam sofrer o peso da coerção estatal, quando aquele conflito já tivesse sido devolvido aos protagonistas, e ainda assim não se encontrasse consenso. Assim, somente nessas circunstâncias, permitir-se-ia que o Estado intervisse, e apenas nesse contexto, é que se fazem oportunas às considerações acerca de alternativas à privação da liberdade, pois o Direito Penal poderia exercer seu *potentia puniendi*, porém com penas mais eficazes do que o encarceramento humano.

Destarte, as alternativas à privação da liberdade são relativamente recentes, as mais remotas remontam suas aparições ao final do século XIX. Conforme preceitua Cezar Roberto Bitencourt “(...) os próprios reformadores, como Beccaria, Howard e Bentham, não as conheceram (...)”²⁸². Este mesmo autor ainda ratifica que a primeira vez que uma alternativa ao cárcere foi aplicada, deu-se na Rússia em 1926, na modalidade de ‘prestação de serviços à comunidade’. Após aplicou-se na Inglaterra em 1948 a ‘prisão de fim de semana’, que foi posteriormente implementada também na Alemanha em 1953 e na Bélgica em 1963. Ainda pontua-se a adoção do ‘trabalho comunitário’, na Inglaterra em 1972, como já explanado anteriormente.

²⁸¹ Vide GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 325.

²⁸² Vide BITENCOURT, *op. cit.*, 1993, p. 390-398.

Nesse diapasão, não há grandes entraves teóricos para a formulação e implementação de alternativas à pena de prisão, tendo em vista já existirem diversas formas mais racionais de sancionar o cometimento de atos ilícitos. Ocorre, que grande parte destes institutos são aplicados em um quantitativo ínfimo dos ilícitos cometidos na sociedade atual, isto porque se prioriza quase unanimemente a privação da liberdade, concepção esta que é completamente equivocada, posto que uma aplicação mais adequada de cada pena, para delitos determinados, será muito mais eficiente na busca pelas finalidades da pena. Logo, as proposições devem ser no sentido de maior utilização das penas não privativas de liberdade, mostrando-se pertinente pontuar as mais expressivas²⁸³.

Dentre estas se podem citar primordialmente as penas de natureza *Restritivas de Direitos* (como a ‘interdição temporária de direito’, a ‘proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo’, a ‘proibição de profissão, atividade ou ofício’), as penas de natureza *Pecuniárias* (como a ‘perda de bens e valores’ e a ‘prestação pecuniária’), e ainda as penas de natureza *Restritivas de Liberdade* (como a prestação de serviços à comunidade’, a ‘proibição de frequentar certos lugares’, a ‘limitação de fins de semana’). Ressalva-se que este rol não seria taxativo, mas apenas exemplificativo.

Com já esclarecido em tópico anterior, no que se refere às penas *Restritivas de Direitos* em sentido estrito, seriam uma opção consistente ao cárcere, quando da utilização de sanção que restrinja o exercício de determinado direito. Já tangenciando as penas *Pecuniárias*, aduz a doutrina que estas seriam a diminuição do patrimônio do agente, prevista em legislação vigente, como sanção a um ato ilícito. Por fim, as penas *Restritivas de Liberdade* têm o escopo de limitar relativamente à liberdade do indivíduo, mas não de privá-la por completo desta, como no encarceramento, estas apenas restringem o exercício de sua liberdade a determinados parâmetros previstos em lei.

Portanto, são inegáveis os benefícios gerados pela adoção de penas e medidas alternativas à privação da liberdade, tanto com relação a aspectos subjetivos do condenado, por obstar-se sua estigmatização e propiciar sua efetiva ressocialização, quanto a aspectos de política estatal, já que se diminuem drasticamente os gastos com o

²⁸³ Cfr. GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 403-439.

sistema penitenciário e promoverem uma maior eficiência da aplicação de sanções estatais, quando dos aspectos de prevenção e ressocialização. Sendo assim, não se poderiam desconsiderar as penas alternativas como uma das medidas indispensáveis nesta fase de transição, rumo ao abolicionismo penal, posto que como a sociedade ainda possua arraigado o sentimento de necessidade de punição estatal, a adoção destas alternativas em detrimento da privação da liberdade, supriria tal anseio social, até que seja possível expurgar os antigos dogmas penais, adotando-se exclusivamente sanções de cunho civil e administrativo.

Ainda neste mesmo diapasão, pontua-se que nos casos em que se necessite uma medida mais enérgica do Estado, em crimes mais expressivos, haveria a necessidade de implementação de ‘medidas recuperacionais’. Tais proposições podem ser mais bem entendidas nos estudos de João Farias Júnior, mas em suma consistem em uma limitação da liberdade do apenado, que deve passar a ser chamado de recuperando. Este irá submeter-se a uma ação *laborpsicoterapêutica progressiva*, devendo ocorrer em um sistema de micro comunidades, operado por recuperadores devidamente formados para tal função. Nestes sistemas seria obrigatório o trabalho e a educação escolar, sendo que cada comunidade de recuperação seria um estabelecimento economicamente produtivo e rentável, como bem leciona Farias Jr., senão vejamos:

“(...) ‘Punir é castigar, e castigar e recuperar não se compatibilizam’(...) temos que expungir as mazelas através das seguintes reformas (...) a abolição da pena e sua substituição por medida recuperacional (...) o delinquente, ao entrar para o Instituto Recuperacional seria chamado de recuperando (...) o recuperando entraria para o primeiro estágio e seria promovido para os estágios seguintes (...) é um sistema de micro comunidade e o tratamento seria operado por recuperadores, formados em uma escola especializada do Sistema Recuperacional. O trabalho seria obrigatório, como o seria a educação. Cada Instituto Recuperacional teria que ser uma unidade economicamente produtiva e rentável (...)”²⁸⁴.

²⁸⁴ Vide FARIAS JÚNIOR, *op. cit.*, 2009, p.521-526.

3.4- O ELEMENTO ‘TECNOLOGIA’

É inegável que o mundo hodierno, vem sendo completamente dominado pelo fenômeno da tecnologia. Este advento está em praticamente todos os setores sociais. Se a princípio era visto com certo receio pela sociedade, em virtude de supostos aspectos negativos gerados por esta, como o desemprego, ao longo do tempo a tecnologia foi sendo desmistificada e aceita integralmente pelo homem, a ponto de muitas vezes vê-se dependente desta. Uma das consequências desse fenômeno, é a sensação de o ser humano estar sob vigilância constante de câmeras e satélites, o que vai além de uma sensação em determinados centros urbanizados, onde tal fato é pura realidade ²⁸⁵.

Porém, quando tais evoluções tecnológicas permeiam o direito penal, são observados apenas os aspectos negativos que estas têm trazido para o mundo jurídico, dentre eles a proliferação de crimes praticados por meios virtuais. De outra feita, a comunidade jurídica, tem deixado de voltar suas pesquisas para os efeitos positivos que a tecnologia pode gerar na seara penal. Muito provavelmente, tal fato se dê em virtude da mentalidade criminalizadora arraigada no ceio social e ainda preponderante no mundo coevo, no qual se prioriza continuar penalizando mais e mais condutas, ao invés de tornar a aplicação mais eficiente das penas.

Corroborando com esta concepção negativa entre direito e tecnologia, os estudos de Castillo Jiménez, quando afirma que “*Internet é um sonho para seus usuários e um pesadelo para os práticos do Direito.*” ²⁸⁶. Porém, a tecnologia e seus artifícios podem ser bem mais que um pesadelo para o direito. Conforme se pretende demonstrar, a tecnologia pode voltar-se a favor do Direito Penal, como leciona Greco asseverando que “*(...) chegou o momento, tal como aconteceu no século XVIII, de encontrar alternativas que visem garantir a dignidade da pessoa humana. Estas alternativas estão na aplicação da tecnologia ‘a serviço da Justiça Penal’.*” ²⁸⁷.

Em que pese à tecnologia já estar sendo usada para auxiliar o direito, desde o advento das impressões digitais, em exames e perícias, e audiências por

²⁸⁵ Cfr. GRECO, *op. cit.*, 2011, p. 378-395.

²⁸⁶ Cfr. CASTILLO JIMÉNEZ *apud* GRECO, *Ibidem*, p. 380.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 381.

teleconferência, não são suficientes para o efetivo auxílio no caos dos sistemas penais. Acredita-se que a tecnologia possa ir muito mais além, almejando-se a abolição da privação da liberdade, em detrimento de restrições tecnológicas da liberdade e de direitos, para que os apenados possam cumprir suas penas, sem serem alijados de sua convivência social, quando encarcerados em jaulas fétidas.

Postula-se ser inimaginável a concepção de ressocializar um indivíduo, retirando-o da sociedade, consistindo tal premissa em um antagonismo atroz. Da forma como ocorre hoje, o sancionado com privação da liberdade perde completamente a referência e os parâmetros do que seja sociedade, pois acaba sendo inserido em uma ‘sociedade paralela’ dentro das penitenciárias. Com a utilização dos meios tecnológicos objetiva-se precipuamente sancionar o sujeito que comete ato ilícito, sem, contudo privar-lhe de sua dignidade humana e sua socialização, para que rumo a um abolicionismo penal, a tecnologia seja um instrumento gradativo de banimento da privação da liberdade.

Segundo a doutrina que versa acerca deste tema, as tecnologias de controle hoje já existem, e possuem três gerações. Cumpre-se fazer a ressalva de que o objetivo deste tópico no presente estudo, não é versar acerca dos aspectos históricos ou conceituais destes arcabouços tecnológicos, mas apenas considerar seu importante auxílio e eficiência na concretização de um abolicionismo penal. Assim, infere-se que a *primeira geração de tecnologias de controle* comporta um ‘sistema ativo de vigilância eletrônica’ e o ‘sistema passivo de vigilância eletrônica’²⁸⁸.

O ‘sistema ativo’ consiste na junção de três elementos, para garantir que a liberdade do condenado fique restrita ao seu domicílio, este permite não ser privado de sua socialização, mesmo tendo sua liberdade restringida. Tais elementos que compõem esse sistema são um transmissor miniatura (afixado no apenado, para emitir sinal de sua localização); um receptor-transmissor (instalado no domicílio do apenado, que recebe o sinal de localização e transmite para uma central); e ainda um computador

²⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control Electrónico y sistema penitenciario. *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla: 1991, p. 72.

central (conectado por via telefônica ou rádio frequência, que recebe e fiscaliza essas informações) ²⁸⁹.

Já o ‘sistema passivo’, também denominado de ‘contato programado’ é mais simplificado e consiste na realização aleatória de chamadas telefônicas, devendo ser atendidas pessoalmente pelos condenados. Para garantir a efetiva fiscalização, deve-se instalar um identificador de voz nos aparelhos telefônicos, caso o apenado não atenda tais telefonemas, o sistema emiti um alerta imediato do descumprimento ²⁹⁰. Aduz a doutrina, que tal sistema trás consigo, mais aspectos positivos do que negativos, mas por possuir uma tecnologia relativamente obsoleta, vem sendo substituído por outros sistemas tecnologicamente mais evoluídos, é o que ratifica Cristina González Blanqué, senão vejamos:

“La utilización de sistemas de contacto programado mediante verificación de voz para controlar el arresto domiciliário presenta varias ventajas. (...) Sin embargo, han sido prácticamente reemplazados por la monitorización activa mediante radio frecuencia por considerar que ésta última inflige menos cargas al sujeto monitorizado y a las personas que conviven con él.” ²⁹¹.

Neste mesmo diapasão, ainda pontua-se oportunamente a *segunda geração de tecnologias de controle*, que consiste na utilização do sistema conhecido mundialmente como GPS (Global Positioning System), que por ser uma tecnologia mais avançada que a anterior, pode não só fiscalizar a permanência do apenado no local determinado por sentença, bem como é capaz de registrar com precisão milimétrica, todos os passos deste sujeito, apontando todos os horários e localizações em que esteve. Tais sistemas funcionam bem, são viáveis e exercem com eficácia no controle de restrição da liberdade para qual se destinam. Mesmo quando considerados supostos

²⁸⁹ Corroborando com a ideia de que há grande valia no cumprimento de sanções, dentro dos próprios domicílios dos apenados, ao invés do interior dos cárceres, tendo em vista a maior viabilidade de suas ressocializações, já preconizava Claus Roxin, quando se indagava acerca do futuro temeroso do Direito Penal. Cfr. ROXIN, Claus. ¿Tiene Futuro el Derecho Penal?. *Revista Del Poder Judicial*. n. 49. Madrid: 1998, p.386.)

²⁹⁰ GONZALEZ RUS, *op. cit.*, 1991, p. 72-74.

²⁹¹ BLANQUÉ, Cristina González. *El control electrónico en el sistema penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2008, p. 9-10.

problemas técnicos, estes não evidenciam na prática óbice ao devido cumprimento da sanção imposta. Nesta geração, assim como em sua antecessora, também se identifica um sistema passivo e um sistema ativo, e ainda um sistema misto, como bem esclarece Blanqué:

*“La monitorización mediante GPS activa permite conocer los movimientos de la persona en el mismo momento en que se producen desde el ordenador central. Por su parte, la pasiva, permite conocer los movimientos de la persona desde el ordenador central, unas horas después de que se produzcan (...) Finalmente, la mixta, funciona como un sistema pasivo de forma general y como un sistema activo cuando las personas monitorizadas incumplan alguna de las restricciones de movimientos que se le han impuesto.”*²⁹².

Concernente à terceira geração da tecnologia de controle, esta utiliza além das tecnologias de controle da segunda geração, nomeadamente o GPS, ainda utiliza-se de outros métodos de alta tecnologia, que viabilizam um controle do apenado. Isto não somente no que se refere à sua localização, mas também de aspectos psicológicos e biológicos, como frequência cardíaca, ritmo da respiração, que possibilitam a identificação de níveis de agressividade em agentes violentos, ou ainda a verificação da libido nos delinquentes sexuais. Ainda ressalta-se a existência de meios de intervenção corporal, quando identificadas possíveis transgressões das normas estabelecidas, como descargas elétricas, ou introdução de tranquilizantes. Estas medidas de intervenção corporal, ainda não foram implantadas no cumprimento de penas, mas somente em transporte de presos, tendo em vista as discussões que ainda cercam estas medidas, quando relacionadas à dignidade da pessoa humana²⁹³.

Destarte, sabe-se que tais medidas tecnológicas como alternativa viável à privação da liberdade, pode não ser a solução ‘mágica’ para todos os problemas relacionados com o sistema penal hodierno. Contudo, conjuntamente com as outras medidas acima mencionadas, poderia realizar efetivas transformações neste sistema, culminando com o estabelecimento de novos paradigmas no direito penal, conforme

²⁹² Cfr. BLANQUÉ, *op. cit.*, 2008, p. 13-14.

²⁹³ Vide WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: technology and offender supervision*. Winchester: Waterside Press, 2001, p. 118-120.

pontua Alceu Corrêa Junior, aduzindo que “*O avanço tecnológico pode fornecer instrumentos importantes para a solução de problemas verificados no sistema penitenciário em geral, porém não se deve acreditar no mito da tecnologia como única forma de resolução de questões sociais tão complexas.*”²⁹⁴.

Ainda nesse sentido, o autor Nistal Burón enfatiza que assim como em todos os setores da sociedade, também na justiça criminal a tecnologia deve passar a agir massivamente, proporcionando com a implementação destes elementos tecnológicos, a substituição do sistema penal atual de ‘penas fortes e vigilância frágil’, por um sistema futuro de ‘penas frágeis e vigilância forte’²⁹⁵. Em que pese todos os avanços tecnológicos já alcançados no âmbito das questões penais, auxiliando na redução da superlotação carcerária e na diminuição dos custos estatais com as penitenciárias, acredita-se que esse grande passo não deve nem pode parar por aqui, sendo indispensável à proliferação de pesquisas nesse esteio. Aqui, faz-se válido trazer o inspirador excerto do abolicionismo Hulsman “*Se afasto do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava.*”²⁹⁶.

3.5- ATUAÇÃO COORDENADA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A crise coeva dos sistemas penais, amplamente dissertada no decorrer da presente pesquisa, dá-se nomeadamente em virtude de a pena privativa de liberdade, que é escolha de sanção primordial nos estados, não consegue cumprir as finalidades para qual se destinam. Logo, como conclusão lógica e irrefutável, tais sistemas não seriam merecedores de continuar vigorando. Porém, indagação de resposta abstrusa paira acerca das soluções pertinentes para tal transformação. Sendo assim, postula-se que não há solução ‘mágica’, única e completa, razão pela qual se afere que somente um conjunto complexo de medidas, estaria apto a promover mudanças de tal magnitude.

²⁹⁴ Vide CORRÊA JR, Alceu. *Monitoramento eletrônico das penas e alternativas penais*. São Paulo: Usp, 2012, p. 14.

²⁹⁵ Cfr. NISTAL BURÓN, Javier. *La prisión del siglo XXI. X Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla: 2002, p. 44-45.

²⁹⁶Vide HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, 1993, p. 140.

Isto posto, concomitante a todas as medidas acima descritas, faz-se necessária também à atuação coordenada de políticas públicas, já que o Estado ao invés de auxiliar nas soluções da crise penal, acaba por vezes fomentando-a e promovendo-a, vez que se esquivava de seu dever e até mesmo adota políticas que impulsionam o estado caótico, conforme descreve Cezar Barros Leal que “(...) a incúria do governo, a lentidão da justiça, a apatia do Ministério Público e de todos os demais órgãos da execução penal, incumbidos legalmente de exercer uma função fiscalizadora, mas que, no entanto, em decorrência de sua omissão, tornam-se cúmplices do caos.”²⁹⁷.

Nesse contexto, válido frisar que políticas públicas em um Estado Social e Democrático de Direito, são ações de cunho coletivo, que a administração pública por seleção racional profere, com o escopo de gerar efeitos positivos em grupos sociais. Tais políticas são analisadas no ramo das ciências políticas, já que é a maneira como o Estado administra os recursos públicos, para o atendimento das necessidades dos membros sociais, como saúde, educação e segurança. A Administração Pública pode modificar, regulamentar e influenciar a vida dos cidadãos, com coerções positivas e negativas, objetivando inclusive a resolução dos conflitos sociais²⁹⁸. No que se refere às proposições de políticas públicas relativas à reversão da crise no sistema penal, devem ser considerados três estágios interessantes, conforme bem prescrevem os doutrinadores Kenya Velázquez e Milagro Catañeda²⁹⁹, quais sejam Político-Criminais, Político-Penitenciárias e Político-Sociais³⁰⁰.

Nas implementações *Político-Criminais*, alguns elementos devem primordialmente ser modificados. Além, das supramencionadas reformas no âmago da dogmática penal, como a civilização do direito penal, a seleção otimizada de bens jurídicos que propiciem a efetivação da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de posturas minimalistas, ainda são identificadas outras medidas que carecem ser

²⁹⁷ Vide LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.69.

²⁹⁸ Para um estudo mais aprofundado acerca de aspectos conceituais e históricos das políticas públicas, cfr. SOUZA, Celina. Políticas Públicas. *Revista Sociologias*. n.16. jun-dez, 2006, p. 20-45.

²⁹⁹ Cfr. VELÁZQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis carcelaria y privatización de las prisiones em la modernidad*. Habana: Universidad de lasTunas, 2007, p. 47-59.

³⁰⁰ Concernente às polítimas-sociais são denominadas por doutrinadores como político-estatais, porém acredita-se ser mais pertinente a primeira nomenclatura, vez que as demais políticas também devem ser implementadas pelo poder estatal, tornando-se redundante.

efetivadas, conforme ratifica Cláudio do Prado Amaral, quando adverte que a política criminal urge em atender a tais princípios:

*“A advertência que se pode fazer à política criminal é, assim, a de que deve observar estritamente os seus princípios de subsidiariedade e fragmentariedade, como forma de se impor sobre o ingresso dramático do risco e sua construção num ambiente que não lhe é próprio. Nesse quadro soa reconfortante saber que a história do homem depõe a favor da capacidade do racionalismo em superar o arbítrio.”*³⁰¹.

Nesse contexto, uma questão importante reflete-se em medidas que evitassem as *prisões cautelares*, pois na prática, quase sempre lesionam princípios fundamentais, como a presunção de inocência. Dentre outras contendas a serem travadas, insta-se o essencial combate é a *corrupção*, que assola a sistemática penal, em diversos países. Sem que haja uma efetiva batalha para sanar este ‘cancro’ social, que conforme João Farias Jr. *“(...) é uma doença virulenta, que atinge não só as camadas de baixo poder (...) mas atinge também os poderosos, privados ou públicos. E se não houver uma solução, as consequências serão desastrosas e irreversíveis”*³⁰², logo não adiantarão todas as demais medidas, se este aspecto fragiliza e vulnerabiliza todo o sistema. Ainda nesse sentido postula Jorge da Silva que:

*“A luta contra a corrupção é complicada por inúmeros fatores; (...) Assim, pensar em enfrentar a corrupção de forma reativa, tendo em mente apenas a racionalização do direito penal, é definitivamente uma atitude simplista (...) Se pretende empreender uma ação contra a corrupção policial sistêmica, entendo que pelo menos três principais problemas gerenciais devem ser resolvidos de antemão, conforme já mencionei alhures: primeiro, o da falta (ou debilidade) de um sistema de responsabilidade objetiva (accountability); segundo, o que poderíamos chamar de “motivação negativa”; e terceiro, a conexão brutalidade-corrupção.”*³⁰³.

³⁰¹ Cfr. AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: Ibccrim, 2007, p. 231-232.

³⁰² Vide FARIAS JR., *op. cit.*, 2009, p. 479.

³⁰³ Vide SILVA, Jorde da. *Criminologia Crítica: segurança e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.575-592.

Tais proposições de combate à corrupção no âmbito dos sistemas penais são de extrema relevância, destacando-se a debilidade de um sistema de responsabilidade objetiva das autoridades. Assim, implica-se denunciar a necessidade de que se estabeleça um sistema hierárquico bem definido, onde se viabilize a responsabilização das autoridades, pelas infrações cometidas por aqueles que estavam à suas ordens, o que evitaria o ‘culpismo escapista’, onde se culpam apenas os membros de escalão inferior. Concernente à motivação negativa, pugna-se pelo combate à massificação da mentalidade, que infelizmente vem se consolidando com a ajuda de políticos e da mídia, de que as instituições que visam proteger os direitos humanos no cárcere tem caráter maligno, pois tal concepção promove nas autoridades uma ilusória sensação de poder ilimitado e conseqüentemente na pertinência de brutalidades.

No que tange às medidas *Político-Penitenciárias*, não há como ficar inerte a tantos absurdos que ocorrem na execução destas políticas públicas. Nesse diapasão, o crescimento exponencial da violência nos últimos tempos, fez com que desde a década de 90, as questões relativas ao sistema penitenciário viessem sofrendo uma substituição da crença no progredimento, em detrimento de uma sensação frustrada de derrotismo e pessimismo. Ainda, no mesmo período inicia-se um processo de massificação no senso social, da aceitação de violações a direitos e garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, pelas instâncias formais de controle, já que a dicotomia social entre o bem e o mal é enfatizada, o que induz nos indivíduos a permissividade de tais lesões ³⁰⁴. Nesse sentido esclarece Bauman, acerca da priorização das penas privativas de liberdade:

“O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ‘ameaça à ordem social’ e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça.”

³⁰⁵.

³⁰⁴ Cfr. CALDEIRA, Teresa P. R. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed.Usp, 2000.

³⁰⁵ Vide BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p.122-123.

Diante disso, não há outro modo de caminhar rumo ao abolicionismo penal, sem pensar em medidas anteriores de reestruturação do cárcere ainda existente. Primordialmente pontuam-se duas medidas em curto prazo, de fácil execução e de importantes efeitos positivos, quais seja uma *fiscalização* mais efetiva dos sistemas penitenciários, nomeadamente pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, bem como a realização de *formação adequada* dos profissionais que trabalham no sistema penitenciário, com o intuito de aprimorar da execução penal. Já referente às medidas de médio e longo prazo, pondera-se que devem ser realizadas *reformas penitenciárias* condizentes com a estrutura fática e constitucional de cada ordenamento jurídico, que viabilize condições mínimas de reabilitação, educação e labor.

Destarte, alcança-se ponto crucial acerca das políticas penitenciárias e suas reformas pertinentes, qual seja a *implementação de atividade laborativa* nos entremeios do cárcere. Tal medida é de primazia fundamental para um processo efetivo de ressocialização dos apenados ³⁰⁶. Pode-se dizer que a ideia basilar antecessora desta medida, já era cunhada desde o século XIX, quando o autor alemão Max Weber em sua obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, prolatou célebre expressão que perpetuaria para além de sua época “*O trabalho dignifica o homem*” ³⁰⁷.

Além desta premissa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem assevera que todos têm direito a trabalhar. Porém, como explanado anteriormente, o cárcere atual não priva o homem somente de sua liberdade, mas sim de diversos outros direito, inclusive ao labor, conforme descreve Gordon Hawkins:

“According to article 23 of the United Nations’ Universal Declaration of Human Rights, “Everyone has the right to work” (Brownlie 1981, p. 139). Although not all human beings are equally anxious to exercise that right, few would totally renounce it, even if it were not their only means of obtaining a livelihood (...) The place of work in the prison community has always been problematic, although the

Valter e Newton Fernandes alegam que “(...) *variegadas inovações poderiam ser implantadas, quiçá permissíveis de considerável abrandamento da questão, e entre elas (...) a criação de centros regionais de formação profissional e de mão de obra especializada para os sentenciados; a obrigatoriedade do trabalho (remunerado) em todas as unidades prisionais.*”. Vide FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, 2012, p.578-579.

³⁰⁷ Vide WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 6.ed. São Paulo: Pioneira, 1989, p.89.

significance of the problem of prisoners' work and prison industry have been recognized by penologists (...)"³⁰⁸.

Corroborando com a ideia de Weber onde dignidade está vinculada ao trabalho, Freud pontuou em sua obra *Civilização e seus Descontentamentos*, que o labor não constitui somente uma forma de obstar-se o sofrimento, como também é um caminho legítimo para a felicidade, posto que não haja qualquer outra forma mais eficiente de cingir o ser humano à realidade do que dando ênfase ao trabalho que este exerce, pois seu labor dá-lhe um lugar seguro e real na sociedade, senão vejamos:

*"In Civilization and Its Discontents, Freud described work not only as a means of "fending off suffering" but also as "a path to happiness" and asserted that "No other technique for the conduct of life attaches the individual as firmly to reality as laying emphasis on work; for his work at least gives him a secure place in a portion of reality, in the human community."*³⁰⁹.

Diante disso, faz-se incontestável os efeitos positivos de implementar-se o trabalho durante o cumprimento de penas privativas de liberdade, o que inclusive a muito já foi identificados pelos estudiosos das ciências penais. Porém, acredita-se que por motivos de cunho político, tais medidas continuam no plano teórico. Nesse diapasão, faz-se oportuno retomar as proposições de Manuel Montesino y Molina, quando discorrido acerca dos sistemas penitenciários. Frisa-se que o sistema Montesino *"(...) planta suas raízes em um genuíno sentimento em relação ao outro, demonstrando uma atitude aberta que permitisse estimular a reforma moral do recluso"*³¹⁰, pugnando pela necessidade de implantar um trabalho de caráter remunerado no cárcere para atingir tal reformulação moral do apenado, conforme assegura Pedro Gomes:

"(...) Montesinos participa da ideia, que ainda se mantém sólida, de que o trabalho é o melhor instrumento para conseguir o propósito reabilitador da pena. O trabalho

³⁰⁸ HAWKINS, Gordon. Prison Labor and Prison Industries. *Crime and Justice*. vol.5. Chicago: The University of Chicago Press, 1983, p.87-88.

³⁰⁹ FREUD, Sigmund *apud* Ibidem, p. 87.

³¹⁰ Vide GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o sistema penitenciário*. Conoas: Ulbra, 2000, p. 77-78.

*tem a propriedade de “diminuir a repugnância que tinha o antigo mal-estar dos presidiários, e inspirar-lhes, sobretudo, o amor pelo trabalho, que fosse capaz de conter ou de extinguir a poderosa influência de seus vícios e maus hábitos”.*³¹¹.

Tais especulações de Montesinos, saíram da teoria e alcançaram o campo da prática, quando implantados na Penitenciária de Valência. Nessa oportunidade, reduziram os índices de reincidência de 35% (trinta e cinco por cento), para menos de 1% (um por cento), demonstrando a eficácia desta medida. Entretanto, ainda nesse contexto, importante frisar-se que as condições do labor carcerário devem atender tanto às condições igualitárias de produção com as empresas privadas, para que se vede à concorrência desleal e não se desperte a fúria de parte das empresas privadas, como ocorreu em Valência, e ainda que sejam dadas condições equitativas para os apenados, logo abarcados pelas normas do Direito Laboral.

Relativamente às políticas penitenciárias, existem outras proposições de Montesinos y Molina que devem ser levadas em conta quando se busca a reforma penitenciária, como a *eliminação do sistema celular*, pois isolar o apenado apenas satisfaz o caráter punitivo da pena, não possuindo qualquer valia para a sua ressocialização, já que integrados, poder-se-ia restaurar uma convivência semelhante à da sociedade. A *integração de grupos heterogêneos*, ou seja, não há qualquer empecilho em agruparem-se presos de periculosidades distintas, pois com a supervisão adequada, os menos perigosos, estimulariam a melhora dos detentos com mais periculosidade.

No que se refere às questões *Político-Sociais*, esta é uma temática extremamente controvertida e complexa, razão pela qual se pondera que não far-se-á uma imersão profunda em tal aspecto. Inicialmente pontua-se que não constitui novidade alguma, que o Estado deve ter sempre como liame norteador de suas ações, Constituições nacionais e no âmbito internacional, os Tratados e Convenções que é signatário. Porém, tal assertiva nem sempre vem sendo respeitada, direitos e garantias fundamentais do ser humano são cotidianamente ignoradas, o que gera discrepâncias descomunais entre as camadas sociais.

Sendo assim, concernente a tal temática, não há muito que se discorrer além do que já é de conhecimento pelo senso comum, como a necessidade urgente que

³¹¹ Ibidem, p. 80-81.

se combata de forma mais efusiva a *corrupção* na esfera do Poder Executivo; que se invista o dinheiro público para dar acesso digno aos direitos sociais dos membros da sociedade; que se reduzam problemas sociais graves, como a *desigualdade social*, *desemprego*, *etc.*. Enfim, que o Estado passe a cumprir de forma efetiva sua finalidade social.

Tais proposições a muito conhecidas e ignoradas, são de suma importância para a busca de um abolicionismo penal. Isto porque é inegável que a proliferação da criminalidade está visceralmente interligada com a situação social de cada Estado. Destarte, mesmo que em proporções diferentes, todos os Estados devem buscar o aprimoramento do atendimento de sua finalidade social, caso contrário, estarão eternamente fadados ao insucesso na esfera penal. No entanto, deve-se ressaltar que tais políticas voltadas para a inibição da criminalidade devem ser estruturadas de maneira equilibrada, para não gerar efeitos indesejados e ao invés de rumar para o abolicionismo, acabar aproximando-se de medidas com severidade exacerbada. Nesse sentido pontua Jorge da Silva, senão vejamos:

“(...) Na elaboração e execução das políticas de segurança pública, além do cuidado para não sermos conduzidos apenas por ideologias, e para não sermos meramente reativos aos acontecimentos da hora, é preciso esforço para imunizarmo-nos contra a exacerbação dos emocionalismos e paixões, sobretudo nos momentos em que se fala de crise e em “onda de violência”. Caso contrário, correremos o risco de cooptar aqueles que imaginam ser possível liquidar a insegurança com propostas que vão desde a pena de morte legal à liberação da polícia para exterminar, a seu critério, os tidos por bandidos, ou concordar com aqueles que, desiludidos, acham que “não tem mais jeito”(...)”³¹².

3.6- ‘ABOLICIONISMO CONSTITUCIONAL’ DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Pairou-se no decorrer desta pesquisa, um questionamento inquietante acerca da viabilização da transição definitiva entre o Direito Penal vigente e o Abolicionismo Penal, após o longo processo de implantação das medidas da fase de

³¹²Vide SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 112-113.

transição acima explanadas. Inicialmente, pensou-se que seria inegável reformular por completo um ordenamento jurídico, pois como uma das fontes do Direito são os costumes, as mudanças não podem ser abruptas, sob pena de não possuírem legitimidade social. Porém, ao questionar-se acerca de como seria o corpo de uma legislação abolicionista, pôde-se concluir que tal preceito legal, já está implicitamente inserido, em diversas Constituições pelo mundo, bastando-se apenas uma hermenêutica constitucional do Direito Penal. Tal conclusão pode parecer impactante, mas acreditamos ser pertinente trazer no bojo deste estudo, mesmo sabendo de sua previsível ‘inaceitabilidade’ social ³¹³.

Nos tempos modernos, todos os outros ramos do direito, submetem-se aos mandamentos constitucionais, inexistindo-se um desnivelamento hierárquico entre eles, salvo relativamente à legislação constitucional, já que seus fundamentos são o arcabouço que norteia os ordenamentos jurídicos ³¹⁴. Diversos princípios universais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem do ano de 1948. Tais preceitos tornaram-se várias nações, princípios e garantias constitucionais. Nesse diapasão, sabe-se que muitas Constituições, entre elas a brasileira e a portuguesa, adotaram a suprema proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, dando a ele um valor supraconstitucional. Logo toda e qualquer conduta que o viole ou o lesione, pode ser considerada como ‘potencialmente inconstitucional’, exigindo-se para tal

³¹³ Acredita-se que tal ausência de aceitação social se dê em virtude do que bem prescreve o doutrinador Jorge Figueiredo Dias, quando alega que há uma “(...) *atitude enraizada no espírito da maioria da população, para quem o direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado e de castigo vigentes na ordem religiosa, ou da imoralidade e de censura da consciência vigentes na ordem moral (...) por mais que tal concepção esteja enraizada na opinião pública, ela deve merecer, no plano da ordem jurídica estatal e, em particular, da ordem jurídico-penal a mais decidida contestação.*” Vide DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 59-60.

³¹⁴ Nesse sentido preleciona Ricardo Luis Lorenzetti, quando afirma que “*Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles à partir dos quais inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora percebe-se que estão na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais.*” Vide LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79.

conclusão uma interpretação menos restritiva e parcial, e mais integrativa dos demais ramos do direito ³¹⁵.

Assim, em um Estado Social e Democrático de Direitos, o direito penal, bem como os demais ramos jurídicos, também é originário da Carta Magna deste país, já que neste documento supremo, são assentados seus fundamentos teóricos e balizadas suas limitações, o que vias de regra pode-se nomear de princípios constitucionais penais. Diante disso, é incontestável que a legitimidade das normas penais está diretamente vinculada ao respeito às normas e princípios constitucionais. Nesse sentido esclarece o brilhante doutrinador português J. J. Canotilho, quando aduz que *“Ao falar-se do valor normativo da constituição, aludiu-se à constituição como lex superior, quer porque ela é fonte da produção normativa (norma normarum) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material).”* ³¹⁶.

Nesse esteio, cumpre-se mencionar que para resguardar-se a constitucionalidade das normas infraconstitucionais, alguns mecanismos foram criados, tendo em vista que seria inútil haver hierarquia normativa, sem que houvesse métodos de controle. Estas se denominam ‘Controle de Constitucionalidade’, conforme Alexandre de Moraes consistem em *“(...) verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais (...)”* ³¹⁷ e objetivam retirar dos ordenamentos jurídicos aquelas que estejam em desconformidade com a Constituição. Ainda, conforme assevera José Afonso da Silva, que:

“Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis, que, na verdade, hoje, é apenas um aspecto relevante da Jurisdição Constitucional.” ³¹⁸.

³¹⁵ Vide VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. *Revista de Cultura Política*, n.42. São Paulo: Cedec, 1997, p. 96.

³¹⁶ Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.884.

³¹⁷ Vide MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 704.

³¹⁸ Vide SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ed. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2009, p. 49.

Cada nação opta por adotar um controle específico de constitucionalidade de suas normas infraconstitucionais. Quando analisamos estes sistemas de controle, vários são os requisitos que podem ser levados em consideração e que geram diversas subdivisões. Alguns destes sistemas consideram o momento em que ocorre (*controle preventivo e controle repressivo*), o modo como se efetiva (*controle por via incidental ou controle por via principal*), e ainda o órgão que o exerce (*controle político, controle jurisdicional e controle misto*). Mas, para o presente estudo, faz-se oportuno esclarecer o controle de constitucionalidade quanto ao órgão que exerce este controle, observando-se três sistemas relevantes como acima apontados, *controle político, controle jurisdicional e controle misto*.

O *controle político* tem como um dos países mais exponenciais a França, tendo em vista que por motivos histórico-ideológicos, optam por excluir o poder judiciário do controle de constitucionalidade, daí porque ser conhecido também por ‘modelo francês’³¹⁹. Este sistema “(...) ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado.”³²⁰. Pontua-se ainda que em Portugal o controle político já foi dominante, nomeadamente durante o constitucionalismo monárquico e posteriormente com a Constituição de 1911, foi adotado o sistema difuso, incidental e concreto de controle de constitucionalidade³²¹.

O *controle jurisdicional* é o sistema de controle que os órgãos do Poder Judiciário exercem, podendo este ser executado basicamente em dois modelos *concentrado* ou *difuso*. Concernente ao *concentrado*, também é conhecido como ‘modelo austríaco’ e tem sua criação atribuída à Kelsen, que o consagrou na Constituição austríaca de 1920, podendo ser exercido por órgão de jurisdição ordinária ou por órgão de jurisdição especial, mas sempre concentrado em apenas um órgão jurisdicional. Cappelletti ratifica que neste sistema “(...) o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário (...)”³²². Logo, não pode ser declarada por

³¹⁹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis do Direito Comparado*. 2ed. Porto Alegre: Editora Fabris, 1992, p. 96-98.

³²⁰ Vide MORAES, *op. cit.*, 2008, p. 703.

³²¹ Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ed. Almedina: Coimbra, 1991, p.974.

³²² Vide CAPPELLETTI, *op. cit.*, 1992, p. 67.

quaisquer juízes em apreciação de casos concretos. Já o *difuso*, pode ser denominado de ‘modelo americano’, e é concebido como aquele controle de constitucionalidade exercido por qualquer um dos membros do Poder Judiciário. Foi idealizado e implementado a primeira vez nos Estados Unidos, nos moldes indicados por Cappelletti, senão vejamos:

*“(...) a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa (...)”*³²³.

Cumpra-se versar ainda, acerca do *controle misto*, que de acordo com o preceituado por José Afonso da Silva “(...) realiza-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional (...)”³²⁴. Tal modelo foi adotado tanto no ordenamento jurídico português, como no na sistemática normativa brasileira. Em Portugal, esta implementação, deu-se com a revisão constitucional no ano de 1982, quando o Tribunal Constitucional português foi inserido com natureza de órgão jurisdicional especial. De forma similar ocorre no Brasil, vez que a Constituição brasileira de 1988, aderiu o modelo misto de controle de constitucionalidade.

Após adentrar-se brevemente acerca do tema acima exposto, faz-se oportuno retomar as ideias trazidas ao mundo jurídico, pelos doutrinadores abolicionistas, no que se refere à crise do Direito Penal Moderno, já que agindo com ilegitimidade, ilegalidade e absoluta irracionalidade, são incontestavelmente responsáveis, por lesões diárias a direitos e garantias constitucionalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana. Logo, por mais que este mesmo dispositivo

³²³ *Ibidem*, p. 75.

³²⁴ *Vide* SILVA, *op. cit.*, 2009, p. 50.

constitucional preveja como pena a privação da liberdade, não pode quedar-se inerte, quando na execução desta norma, outras normas hierarquicamente superiores, como a dignidade humana, vem sendo constantemente violadas. Por conseguinte, vê-se nítida a necessidade da aplicação do controle de constitucionalidade difuso, pelos órgãos do Poder Judiciário, para que da análise dos casos concretos, submetidos diariamente à suas jurisdições, seja ponderada a (in) constitucionalidade destas normas.

Desta feita, a análise conjugada das lesões à dignidade da pessoa humana, causadas pela execução da privação da liberdade, aliada ao controle de constitucionalidade, levam ao raciocínio nítido de que as penas privativas de liberdade como atualmente são executadas, mostram-se latentemente inconstitucionais, razão pela qual merecem ser abolidas dos ordenamentos jurídicos. Ressalta-se ainda, que não seriam necessárias astronômicas reformas legislativas para implementar a absoluta inutilização da pena privativa de liberdade, posto que uma hermenêutica mais acertada das normas constitucionais, culminar-se à em inegável inconstitucionalidade desta ³²⁵.

Portanto, se o Direito Penal emana da Constituição como instrumento garantidor da tutela estatal, para proteção de bens fundamentais como liberdade, vida, honra, patrimônio, etc., mostra-se inimaginável que este mesmo instrumento os viole cotidianamente. Logo, não há alternativa, senão concluir-se pela completa inconstitucionalidade da privação da liberdade, devendo os membros do Poder Judiciário a declarar desta forma, eximindo-se de aplicá-la nos casos concretos.

Destarte, se o Estado não possui condições práticas de limitar ou privar apenas a liberdade do indivíduo, chegando a priva-lo por vezes de sua própria condição humana, animalizando-o, não pode continuar alegando o a ‘supremacia do interesse público’ ou o *favor rei*, pois até mesmo para exercer sua supremacia estatal, o Estado está limitado aos valores supraconstitucionais de dignidade humana. Portanto, se não há previsão constitucional para ‘pena privativa de dignidade humana’, mas na

³²⁵ O abolicionista Louk Hulsman ocupou-se em uma de suas obras, para versar acerca do processo de descriminalização realizado não só pelo legislador, mas também pelo juiz no caso concreto. Este o conceitua como “(...) ato pelo qual um comportamento, em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções, é colocado fora da competência desse sistema. Assim a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (juiz)”. vide HULSMAN, Louk. *Descriminalização*. *Revista de Direito Penal*. n. 9/10. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1973, p.7-26.

prática a privação da liberdade exerce tal acepção, logo, esta última deve sofrer controle constitucional difuso, para ser declarada inconstitucional e conseqüentemente inutilizada e abolida ³²⁶.

³²⁶ Nesse sentido apenas traz-se a ressalva feita pelo autor Maurício Lopes, quando assevera que “(...) a Lei Maior não é uma varinha de condão idônea a solucionar magicamente todas as questões a ele atinentes. Constitui, sem dúvida, uma indicação válida, um critério relevante, um excelente ponto de partida, mas não é tudo (...)”. Vide LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*. v.757. Rio de Janeiro: RT, 1998, p. 452.

CONCLUSÃO

Pôde-se perceber no decorrer do presente estudo, que atualmente são latentes as divergências insuperáveis que existem entre o conceito de pena privativa de liberdade na doutrina e a sua definição na prática, já que as privações vão muito além da liberdade do condenado, alcançando-se a absurda privação de sua humanidade. No entanto, tendo em vista que o crime está intrinsecamente conectado com a própria existência humana, conseqüentemente o instituto jurídico da pena também o está, explicando-se o porquê de soar absurda e utópica a sua abolição, mesmo não sendo tão incoerente quanto parece, conforme se demonstrou.

Nesse contexto, constatou-se que a pena privativa de liberdade somente se consubstanciou em meados da Idade Moderna, quando teve o condão de substituir a pena capital. Mas viu-se que não ocorreu em virtude de fundamentações humanitárias, e sim em razão de ter-se percebido que a utilização do trabalho humano, dos privados de sua liberdade, era mais lucrativa. Portanto, pôde-se concluir preliminarmente que não se deve ingenuamente conceber a pena privativa de liberdade, como sendo fruto de uma filosofia humanística, tendo em vista que como supramencionado, pôde-se verificar em sua criação diversas funções escusas, que objetivavam solucionar problemas sociais e até mesmo auferir lucro, como ratifica Bitencourt, “(...) *era preciso reabsorver os ociosos e dar proteção social contra a agitação e os motins.*”^{327 328}.

Destarte, além de ter-se percebido que a pena privativa de liberdade, desde seu surgimento, não teve o condão de atender às finalidades coerentes para a coerção estatal. Ainda aferiu-se que esta modalidade de pena, continua sendo massivamente utilizada na contemporaneidade, mesmo tendo surgido em um contexto histórico imensamente distinto, o qual compreendia outra realidade social. Isto, por si só já leva ao raciocínio lógico de todo o seu caráter obsoleto e conseqüente imperiosidade

³²⁷ Vide BITENCOURT, *op. cit.*, 1993, p.35-36.

³²⁸ Ainda nesse sentido, bem pontua Salomão Shecaira quando afirma que “*O surgimento da prisão enquanto pena, explica-se menos pela existência de um propósito humanitário e idealista de reabilitação do delinquente, e mais pela necessidade emergente de se ter um instrumento disciplinador da mão de obra, tão necessária nos primórdios do regime capitalista.*” in SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Exclusão moderna e prisão antiga*. In: SÁ, Alvino A; TANGERINO, Davi P. C.; SHECAIRA, Sérgio S. (coord.). *Criminologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.03-17.

de que se repensem dogmas penais antiquados. Logo, primordialmente para responder adequadamente indagações como ‘*para que punir*’, tendo-se remontado um breve estudo acerca das finalidades da pena; e ainda de ‘*como punir*’, o que ensejou um precipite estudo dos sistemas carcerários.

Estas perspectivas foram imprescindíveis para alcançar-se a latente ineficácia da pena privativa de liberdade. Conforme se aduziu, as teorias que discorrem acerca das finalidades da pena são meros discursos doutrinários, sem qualquer averiguação prática, já que irrefutavelmente o desígnio da pena que está massificado no inconsciente coletivo social é tão somente o retributivo. Ainda neste mesmo contexto, em liame diverso, captou-se que todos os sistemas penitenciários ‘alicerçaram’ um majestoso fracasso, tendo em vista que nenhum deles mostrou-se apto para atender ao caráter ressocializador, de que necessitam para subsistirem legitimamente.

Diante de tais constatações evidentes, e ainda analisando outros aspectos importantes do sistema penal hodierno, não houve como deixar de versar acerca da hodierna crise dos sistemas penais e das penas privativas de liberdade. A deslegitimação do direito penal que hoje se vive é inquestionável. No entanto, conforme preceitua Mathiesen, a sociedade não possui real consciência do quanto o sistema penal atual ameaça-a ao invés de protegê-la. Com isso, pela ignorância mantêm-se inertes frente à ausência de racionalidade com que age o modelo punitivo coevo.

Ratificou-se que somente agir-se-á para combater a atual conjuntura, quando a sociedade moderna ‘sentir’ o sistema, ao invés de apenas ser expectadora deste, contentando-se com informações ‘frias’ e ‘secas’. Ou seja, como discorrido com expressividade durante o texto, urge uma reestruturação sociocultural acerca do poder punitivo do Estado, como nesse esteio, assevera Mathiesen:

*“Se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão (...) somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já (...) Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria ser “sentida” em direção a um nível emocional mais profundo e assim, fazer parte da nossa definição cultural sobre a situação.”*³²⁹.

³²⁹Vide MATHIESEN, *op. cit.*, 2003, p. 95-96.

Sendo assim, ensejaram-se formulações teóricas que promovessem efetivas modificações no caótico arquétipo hodierno dos sistemas penais por todo mundo. Os ordenamentos jurídicos vêm sofrendo verdadeiros transtornos factuais, fazendo com que se questionem preceitos como o Estado Social e Democrático de Direito, nomeadamente em razão de seus princípios e garantias fundamentais, serem cotidianamente aviltados. Dentre tais formulações supracitadas, destacamos o Abolicionismo Penal, já que após anos na tentativa de remediar os malefícios e irregularidades do Direito Penal coevo, não se visualiza solução mais plausível do que aboli-lo por completo, para que ressurja uma nova perspectiva de coerção estatal.

Nesse diapasão, versou-se acerca da origem e evolução destas teorizações, para que se fizesse possível entendê-las da maneira mais pura possível. Assim, pôde-se aduzir que seu surgimento não se mostra com um marco precisamente delineado, haja vista sua heterogeneidade de estudiosos e metodologias. De igual maneira, mostra-se custoso almejar uma conceituação una, tendo em vista seu caráter heteróclito e híbrido de diversas proposições valiosas. Porém, faz-se possível abstrair a essência destas conjecturas. Conforme se asseverou, o abolicionismo penal é uma teoria, com um radicalismo pertinente quanto à abolição do direito penal vigente, tendo em vista que este não possui índices mínimos de racionalidade e legalidade. Estes não alcançam os fins à que são destinados, quais sejam a ressocialização dos condenados e a prevenção geral, apenas proporcionando um caráter retributivo, provocador de dor.

Postulam a emergente necessidade de visualizar-se o crime, como o que realmente é, ou seja, um conflito social entre partes envolvidas. Logo, faz-se imperioso reintegrar à resolução destes conflitos sociais, seus principais protagonistas, quais sejam autor e vítima. Isto porque, a coerção estatal hoje exercida, não tem qualquer legitimidade para agir, posto que se aproprie dos conflitos dos particulares, sob a justificativa de ressocialização e prevenção, quando na verdade fazem o completo oposto, gerando apenas revolta, ‘impunidade’ e insegurança.

Dentre os pensadores abolicionistas, conforme assinalado no decorrer desta pesquisa, alguns se destacam por suas proposições valedouras. Destarte, apreciaram-se as proposituras realizadas por Louk Hulsman, que tem em seu livro *Penas Perdidas*, uma das principais obras abolicionistas. Este autor perquire descrever com nitidez os sortilégios que a justiça criminal. Fomentados negativamente pela mídia veiculam uma visão dicotômica do mundo, dividindo a sociedade entre bons e maus, o que propicia a hostilidade entre os homens. Tal sentimento faz com que o ser humano

não se compadeça das circunstâncias humilhantes que hoje se executam as penas privativas de liberdade. Inclusive ressaltam as denominadas ‘cifras negras’, que são fruto de uma inflação legislativa, conjugada à baixa operatividade do sistema penal, que apenas pune uma ínfima quantidade de condutas tidas como crime, em geral os praticados pela parcela menos favorecida da sociedade, podendo-se denominar de uma verdadeira ‘fabricação’ de acusados.

Além do acima descrito, ainda há a nefasta ocorrência do etiquetamento social que os envolvidos no sistema prisional sofrem, recebendo a punição perpétua de serem tidos infundavelmente como criminosos. Quando não, estes mesmos interiorizam tal etiquetamento, fazendo-os corroborar com suas exclusões sociais. Vale frisar ainda que ao analisar os demais movimentos que intencionam solucionar as difíceis questões da justiça penal, estes se mostraram ineficazes. Mesmo com intenções extremamente positivas, teorias que pugnam pela humanização das penas, a ressocialização do condenado e a substituição das penas privativas de liberdade por medidas terapêuticas, são infrutíferas, posto que ao longo de todo o tempo em que vem sendo implementadas, não foram aptas para solucionar os problemas que emergem destes sistemas.

Postulam ainda acertadamente, que não se pode cair no erro comum de tomar o abolicionismo penal, como a extirpação de toda e qualquer coerção estatal. Isto não é o pretendido, pois se admite a indisponibilidade da coação do estado para que se mantenha uma sociedade equilibrada. Na verdade, Hulsman defende a abolição do direito penal como hoje é vivenciado, almejando não a substituição do atual, mas a construção de algo inovador, que corresponda aos anseios reais das vítimas em cada caso concreto e assimilem-se as razões dos que cometem delitos. Uma vez vendo-se os ‘delinquentes’ como iguais, estes mereceriam ajuda e sanções mais próximas do direito civil e não uma punição penal insana e desarrazoada.

Cumpre-se destacar ainda, o renomado jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, que em seu livro *Em Busca das Penas Perdidas*, tem sua principal obra de cunho abolicionista, fazendo referência direta à obra de Hulsman. Neste contexto, o autor primeiro delata toda a grave crise dos sistemas penais, nomeadamente os da América Latina. Ainda, como bem se observou no decorrer do coevo estudo, este analisa teorias antecessoras que já identificaram à problemática, versando acerca das teorizações que defendem a manutenção do direito penal hodierno, das teorias que pugnam pela

substituição do da justiça criminal vigente, bem como das primorosas teorias que acastelam a abolição do sistema penal vigorante.

Uma vez percorrido o caminho acima mencionado, Zaffaroni passa a realizar suas próprias formulações abolicionistas, que como vimos opta por formular um ‘discurso marginal’, mais voltado para a realidade latino-americana. Desta feita, este não observa como válido batalhar pela relegitimação do sistema penal e em razão disso, pretende a abolição do direito penal moderno, propiciador do surgimento de uma resposta eficiente, legítima e racional, aos atos ilícitos, obstando-se as brutalidades contra a dignidade da pessoa humana.

Citaram-se como uma de suas principais contribuições às teorizações abolicionistas, reformulações na Teoria do Crime, onde menciona estar ausente um aspecto de extrema relevância, qual seja a vulnerabilidade do agente ao sistema. Nesse viés, Zaffaroni pontua que quanto maior a vulnerabilidade do autor do crime, frente a toda coerção do sistema, menor seria a sua culpabilidade. Este elemento incidiria diretamente no que Hulsman nomeou de ‘cifras negras’, pois a seletividade do sistema seria aliviada, pois sofrem a coerção estatal, vias de regra os mais vulneráveis.

Conforme visto, outra expressiva contribuição deste abolicionista foi a retomada da *potentia puniendi* em detrimento do coevo *jus puniendi*, onde o ‘direito de punir’ do Estado, seja limitado apenas por um ‘poder de punir’, que deve ser exercido com uma concepção amplificada das penas. Adverte sobre a possibilidade da utilização de diversas formas menos agressivas de punir, mas ao mesmo tempo pugna pela aplicabilidade restritiva da pena, tendo em vista que somente admite válida a aplicação deste instituto jurídico, quando todos os outros modelos de soluções de conflitos, dos demais ramos do direito, padeçam de frustração da ineficácia.

Neste mesmo contexto, analisaram-se também as preleções do teórico abolicionista Nils Christie, que entre outras obras, foi no seu livro *Limits to Pain* que se debruçou mais proeminentemente em seu abolicionismo penal. Este verifica toda a desordem que a justiça criminal provoca, inclusive alegando que o Estado ‘furta’ os conflitos sociais tidos como crime, de seus protagonistas. Identifica que as penas são uma forma de controle social, exclusivamente voltado à propagação da dor e da angústia, justificando sua a sensata e absoluta oposição a esta. Por esta razão, assegura que se deve buscar uma alternativa à pena, e não somente penas alternativas, transformando a justiça criminal em algo mais social, com soluções mais civis.

Já Thomas Mathiesen, foca seu abolicionismo penal, primordialmente na supressão das penas privativas de liberdade e que a partir de modificações na dogmática penal e na sistemática carcerária, poder-se-ia alcançar a abolição almejada. Neste mesmo esteio, ainda fez-se pertinente ressaltar as substanciais proposições de Michael Foucault, que mesmo não sendo considerado um abolicionista em sentido estrito, suas obras foram de imensa valia para as formulações posteriores do abolicionismo penal. As lições foucaultianas, assim como os abolicionistas propriamente ditos, concluem para a extirpação da punição como hoje é concebida. Este aponta a precisão de mudanças, verificadas em suas críticas ao sistema penal hodierno.

Após uma análise pormenorizada do que seria o abolicionismo penal, e ainda de posse da verificação de que estas proposições acabaram esmorecendo no início do século hodierno, optou-se por demonstrar na presente pesquisa, quais as teorias que inspiradas pelo abolicionismo penal, conseguiram obter uma aplicabilidade real, denominando-se de ‘manifestações hodiernas’ de inspirações abolicionistas. Sendo assim, mostrou-se apropriado abordar, sobretudo duas meritórias teses, as Penas e Medidas Alternativas, e a Justiça Restaurativa. Como visto, estas trazem importantes considerações práticas, que não podem deixar de ser consideradas quando da viabilização do abolicionismo penal.

Então, conforme se pôde abstrair da pesquisa realizada, apesar de construírem uma sublime teoria, os abolicionistas não lograram êxito quanto à implantação prática de suas conjecturas, vez que por serem extremamente visionários, viveram e vivem além de seu tempo. Isto porque, a sociedade hodierna não está preparada para assimilar a magnitude de enxergar seu semelhante como igual, de tentar entender seus motivos e almejar sua melhora. Ao invés disso, apenas ambiciona alijá-lo de sua linda sociedade ‘pseudo’ moralizada, que com um imaginário de inexistência fática, os que estão longe do sistema penal, são exemplos de conduta moral, legal e ética. Na verdade, por muitas vezes os intocáveis que estão no topo da pirâmide social, são muito mais infratores da lei do que aqueles que por seletividade do sistema, acabaram sendo suficientemente vulneráveis e acabaram tornando-se vítimas do Direito Penal moderno, supostamente humanizado.

Em razão desta inquietante indignação fez-se imperioso conceber o direito penal atual, como algo acometido por uma mazela estrutural incurável, de ilegitimidade, ilegalidade e irracionalidade. Consequentemente, pareceu-nos nítido, que

tais sintomas apenas apontem para um único destino, qual seja a abolição desse sistema falido. Porém, sabe-se também da inaplicabilidade imediata dos preceitos abolicionistas, posto que estas possuam uma série de dificuldades fático-jurídicas. Logo, necessitar-se-ia de um período de transição, em que haja medidas de preparação social e jurídica. Foi neste diapasão que intencionamos com esta análise, abstrair o que há de mais positivo, tanto nas teorias abolicionistas propriamente ditas, quanto nas teorias de inspiração abolicionista, colacionadas no presente estudo, para que assim, pudesse-se esboçar um ensaio à superação das dificuldades fático-jurídicas do abolicionismo penal.

Destarte, cumpriram-se trazer a tona os principais problemas enfrentados pelo abolicionismo penal, que foram muito bem delineados por seus críticos mais efusivos, pretendendo-se com isso refutá-los um a um, com pertinentes respostas abolicionistas. Nesse diapasão, uma de suas principais críticas remonta a *inexistência metodológica*, portanto o que mais se procurou solucionar com esta pesquisa, com o bosquejar de um possível caminho para a implementação do abolicionismo penal, quando da angarie e sistematização das principais proposições abolicionistas.

Ainda põe-se em questão a crítica acerca do *fundamento antropológico* do abolicionismo penal, que taxa este movimento como utópico e idealista. Tais críticas soam no mínimo impertinentes, pois em uma breve análise da história da humanidade, todas as grandes transformações sociais, um dia já foram tidas como uma utopia idealizada que, no entanto traduziram-se em realidade concreta. Os teóricos abolicionistas ocuparam-se de esclarecer que hoje o que pode ser visto como utopia, amanhã poderá ser a mais vívida realidade. Nomeadamente Thomas Mathiesen, apontou outras abolições que um dia já foram inimagináveis, como a *Abolição da Caça Espanhola às Bruxas*; a *Abolição da Santa Inquisição*; ou ainda a *Abolição da Escravatura*; bem como a *Abolição do Império Romano*. Portanto, para aqueles que criticam o abolicionismo penal, sob o argumento de utopia, somente massifica a ideia de que este é o caminho correto, somente prescindindo de fomento e evolução social, para ter o condão de prolar mais esta necessária metamorfose jurídico-social, atrelada ao direito penal.

Os críticos abolicionistas ainda afiançam que uma vez adotado o abolicionismo penal, correr-se-ia o perigo da *retroação ao bellum omnium contra omnes*, ou seja, à vingança privada. Porém esta crítica padece de um temor desarrazoado, tendo em vista que conforme amplamente noticiado, o abolicionismo penal não postula em favor da abolição de toda e qualquer coerção estatal, mas sim por

uma devolução dos conflitos sociais a seus envolvidos, o que aproximaria a resolução destas contendas de um viés civil, mas não de uma abstenção estatal absoluta. Logo, sob a vigilância de um *potentia puniendi*, não há ameaça de voltar-se à vingança privada, pois junto com a civilização do direito penal, diversas outras medidas seriam tomadas em conjunto.

Outra pendência posta ao abolicionismo penal consiste na *crítica sociológica*, onde supostamente os abolicionistas embasariam suas proposições em uma credibilidade demasiada em sentimentos sociais subjetivos, como a solidariedade e o perdão, o que necessitaria de uma ligação com a ideologia das sociedades modernas, onde tais sentimentos, segundo os críticos, inexistem. Para tais aspectos críticos, somente podemos dispensar completo descrédito, pois emana uma visão extremamente negativa da coletividade coeva, posto que crer que seres humanos sejam incapazes de sentir tais sentimentos, consiste em desacreditar na própria condição humana, tendo em vista que somos distinguidos dos seres animalizados, exatamente por ser capaz de ‘sentir’ e ‘raciocina’. Pode-se até mesmo concordar que tais sentimentos estão esmorecidos na atualidade, mas conceber sua inexistência, não se faz plausível. Assim, deve-se objetivar exatamente o fomento dos sentimentos positivos, pugnando a evolução do homem para uma sociedade mais terna, onde o abolicionismo penal seja nada menos que óbvio.

Concernente à *crítica retribucionista* esta alega que não se poderia abandonar o caráter retribucionista da pena, como pretendem os abolicionistas, pois gerariam dificuldades intransponíveis. Segundo estes, tanto as vítimas almejavam que o infrator seja punido, como em crimes de colarinho branco ³³⁰, far-se-ia impossível responder com o abolicionismo penal. Nesse contexto, discorda-se com veemência, tendo em vista que por muitas vezes, quando existem políticas conciliatórias entre vítima e ofensor, estes entendem as razões um do outro, conseguindo reconciliarem-se, evitando a sanção estatal. Exemplo incontestável são as práticas restaurativas que vem ocorrendo em todo o mundo. Já relativamente aos crimes de colarinho branco, nossa aversão a tal alegação consegue ser ainda maior. Isto porque as soluções abolicionistas de conflitos poderiam ser bem mais eficientes, do que a mera privação da liberdade. Nesta espécie de crime em particular, o objeto do ilícito pode chegar a voluptuosos

³³⁰ Cfr. SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, p. 193-215.

valores econômicos, logo, a pena privativa de liberdade pode ser muito menos eficaz do que outras medidas, a exemplo de sequestro de bens e valores, ou multas de grande importância.

Reputa-se ainda a *crítica metacientífica* do abolicionismo penal, aduzindo que este não possuiria inovação científica, sendo supostamente apenas reflexos dos postulados da criminologia crítica, e que de originalidade teria apenas um idealismo utópico e um realismo imprudente. No que tange esta crítica, acerca da utopia abolicionista, não se cumpre retomar a discussão acima superada. Com relação à ausência de inovações científicas, mostra-se clarividente que tal formulação, somente pode ser fruto do absoluto desconhecimento do abolicionismo penal, visto que estas teorizações inauguraram no mundo jurídico, preleções que anteriormente jamais houve alguém que tivesse coragem de defender. Ao verificar e bradar as atrocidades cometidas pelo sistema penal procedera com bravura ao reconhecer a total ineficácia do direito penal hodierno e postularam por sua abolição, que nunca antes se quer foi cogitada. Assim, esta crítica guarda total improcedência.

Destarte, quando verificada a inequívoca ineficiência dos sistemas penais coevos, duas grandes indagações tomam proporções avassaladoras. Uma primeira acerca do porque da inércia social para modificar um quadro caótico latente, que conformada com tal situação, mostra-se indiferente a tais circunstâncias, acabando por não concluir na obviedade de um raciocínio lógico, onde tal problema é de todos, vez que não resocializados, esses “clientes” do Direito Penal, serão inseridos novamente na mesma sociedade dos indivíduos indiferentes, cada vez mais reativos e truculentos. Já a segunda indagação gira em torno de que mesmo se o corpo social voltasse suas preocupações para solucionar as questões do sistema penal coevo, pairam dúvidas se estas soluções existiriam ou não.

Então, surgiram as proposições de cunho abolicionista deste estudo, sabendo-se inicialmente que não há uma solução única e conclusiva para a problemática proposta, devendo-se promover teorizações que comunguem todas as ações pertinentes, para que conjuntamente, possa-se alcançar um resultado satisfatório na reformulação do sistema penal hoje atuante. Assim, deixariam o plano teórico, para mergulhar no plano prático, podendo considerar-se como ‘medidas da fase de transição’ para um abolicionismo penal.

Pondera-se que uma implementação imediata do abolicionismo penal puro, conforme foi concebido, não se mostrou completamente viável, em razão de sua aplicabilidade depender não somente de um novo modelo de resoluções de conflitos, mas também de um novo arquétipo de sociedade. Esta sociedade mais evoluída, e mais habituada a um Direito Penal humanizado, vivenciado na ‘fase de transição’ proposta, adquiriria a capacidade de solucionar seus conflitos, exclusivamente por suas vontades racionais, tornando as instâncias formais de controle simplesmente desnecessárias. Concernente a este processo, propôs-se cinco medidas primordiais, quais sejam as discussões acerca da *Dogmática Penal em Questão*; um *Processo de ‘Civilização’ do Direito Penal*; a *Consideração de Alternativas à privação da Liberdade*, aqui se ressaltando a importância do *Elemento Tecnologia*; a *Atuação Coordenada de Políticas Públicas*; e ainda o *Abolicionismo Constitucional da Privação da Liberdade*.

Primordialmente, discutiu-se acerca da Dogmática Penal hodierna, onde se efetive a prática a *ultima ratio*, para que assim o Direito Penal seja realmente subsidiário, passando à tutelar de fato somente os bens jurídicos mais importantes para a humanidade. Posteriormente, se se apontou como viável o que se optou denominar de ‘civilização’ do direito penal, em duas acepções, uma que vincula esta ideia de tornar o sistema de ilícitos penais, mais civilizados, mais humanos, e outra que consiste na transposição de determinados ilícitos penais, que hoje protegem bens jurídicos de menor importância, em ilícitos civis. Daí porque conforme exposto, surgiria à necessidade de uma ‘seleção otimizada dos bens jurídicos’ e uma ‘reconstrução do instituto jurídico ‘delito civil’.

Diante disso, relativamente aos ilícitos que ainda permanecerem sob a égide do direito penal, efetuou-se a consideração de *alternativas à privação da liberdade*, vez que se crê que para o real alcance das finalidades da pena, somente a aplicação de sanções direcionadas à natureza de cada delito, e que integrem as partes, poderiam surtir efeitos hábeis à ressocialização. Não se pode conceber um sistema onde grande parte dos delitos, ou quase sua totalidade, são punidos com privação da liberdade, tendo em vista que muitas vezes, outras sanções são mais eficazes, quando aplicadas de maneira correta.

Nesse diapasão, pontuou-se acerca de um subsídio que apesar de atualmente conviver cotidianamente na vida de grande parte da população mundial, ainda não foi amplamente voltada para o auxílio às questões penais, qual seja o

'elemento tecnologia', pois para além de outras sanções que existem para substituírem a privação da liberdade, há que se pensar em possibilidades tecnológicas tanto já existentes, como perspectivas futuras, que talvez o direito penal atual ainda desconheça, tendo-se valido esboçá-las, para que se possa verificar uma luz no final de um túnel onde a escuridão parecia intransponível.

Ainda neste contexto, oportunamente mereceu destaque o denominado *'abolicionismo constitucional'* da privação da liberdade, melhor explanado no último tópico deste estudo, ocasião em que se salientou que a execução de uma pena estatal de privação da liberdade, ao lesionar cotidianamente direitos e garantias fundamentais, até mesmo a dignidade da pessoa humana, somente pode ser considerada inconstitucional, pois não se pode admitir um Estado que exerça sua coerção em contraposição à própria Carta Magna que o instituiu como Social e Democrático de Direito.

Após percorrer-se a vereda acima descrita, não houve como esquivar-se da adoção de um *sistema coordenado de Políticas Públicas*, mesmo parecendo de uma obviedade quase imatura. Isto porque, dada à complexidade das adversidades do sistema penal, emerge a necessidade de o Estado atuar com objetivo único, mesmo que por várias vias e esferas. Daí porque se fala no desempenho concomitante de Políticas-Criminais, Políticas-Penitenciárias e Políticas-Sociais, mas salvaguardando-se que não se objetivou versar acerca destas, de forma teórica e abstrata, mas sim apontando proposições concretas de realização práticas, ressaltando-se a ausência de taxatividade. Ressalvou-se que todas as medidas que propiciem tal transformação são válidas.

Então concluindo, não se pode dizer que ao final do coevo estudo, deparou-se com um abolicionismo penal de aplicabilidade imediata, muito menos com uma solução definitiva para as questões abstrusas do direito penal. Responder se todas as proposições ratificadas pela presente pesquisa teriam efetividade prática, com o êxito almejado, é no mínimo temerário, tendo em vista que não se pode asseverar a procedibilidade de uma teoria, sem nunca ter-lhe dado à possibilidade de abandonar o campo das ideias, transpondo-a para um plano de experimentação prática. Sendo assim, confia-se com veemência que tais proposições, possam levar a uma sociedade propícia a instauração de um abolicionismo penal puro. Porém, com relação à uma conclusão revestida de absoluta certeza, cabe aqui trazer excerto de texto do filósofo austríaco

Ludwig Wittgenstein “*What can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence.*”³³¹.

Mas, ainda nesse diapasão, apesar de não possuir-se uma convicção inabalável da eficácia concreta das presunções desta investigação, acredita-se que o principal intento almejado por esta pesquisa será alcançado, qual seja manter acesa a esperança teimosa de juristas idealistas, que sonham em viver para ver chegar o dia, em que a sociedade evoluirá a tal ponto, culminando onde somente admitir-se-á como legítimo, um Estado que puna o homem, sem tirar-lhe a dignidade humana.

³³¹ Vide WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. London: Routledge, 1971, p.03.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: Ibccrim, 2007.

ANCEL, Marc. *La Défense Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANDRADE, Vera R. P. *Dogmática e Sistema Penal: em Busca da Segurança Jurídica Prometida*. Florianópolis: UFSC, 1994.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, André Gomma. O Componente de Mediação Víctima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 135-162.

BARBOSA, Licínio. *Direito Penal e Direito de Execução Penal*. Goiânia: Zamenhof Editores, 1993.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAZEMORE, Gordon. *Restorative Justice, Earned Redemption and a Communitarian Response to Crime*. Boca Raton: Florida Atlantic University, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

BELUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. São Paulo: UNESP, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*. São Paulo: Edijur, 2002.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BLANQUÉ, Cristina González. *El control electrónico en el sistema penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2008.

BOUÇAS, Custódio de Azevedo. *Verbete Pena*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1981.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Fundamentos da Criminologia Crítica*. Curitiba: Juruá, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. vol. III. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUDÓ, Marília Denarin. *Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal Unirevista*, vol. 1, n° 3. Santa Catarina: UFSC, julho-2006.

BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. *Revista Liberdades*, n.08, set-dez 2011.

CALDEIRA, Teresa P. R. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed.Usp, 2000.

CAMARGO, Antonio L. C. *Sistema de penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

CAMPOS, Teresinha Borges. *Das Penas Privativas de Liberdade Às Penas Alternativas*. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ed. Almedina: Coimbra, 1991.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis do Direito Comparado*. 2ed. Porto Alegre: Editora Fabris, 1992.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora São Paulo, 2002. Vol. 2.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2a ed., Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2003.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. In: *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n. 1, 1977.

_____. *Limits to Pain*. Oxford: Martin Robertson, 1981.

_____. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*. Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993.

_____. *A Indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora RT. n. 21, jan.- mar. 1998.

CIPRIANI, Mário Luis Lírio. *Das Penas, Suas Teorias e Funções no Direito Penal*. Canoas: Ulbra, 2005.

CORRÊA JR, Alceu. *Monitoramento eletrônico das penas e alternativas penais*. São Paulo: Usp, 2012.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. v.1. Coimbra: Almedina, 1968.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. De nuevo sobre El pensamiento abolicionista. In: PISANI, Mario (coord.). *Cahiers de Defense Sociale: Droit Penal entre Abolitionnisme et Tolerance Zero*. Milano: Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste, 2003, p. 107-130.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Manual de Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DOTTI, René A. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.
- FARIAS JR., João. *Manual de Criminologia*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Criminologia Integrada*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERNANDES, Newton. *A falência do Sistema Prisional Brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2000.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização “Sociedade de Risco” e o Futuro de Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5.ed. Roma: Laterza, 1998.
- FERRI, Enrico. *Criminal Sociology*. Teddington: The Echo Library, 2007.
- FILHO, Oscar Mellim. *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*. São Paulo: Iccrim, 2010.
- FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- FO, Jocopo; TOMAT, Sergio; MALUCELLI. *O Livro Negro do Cristianismo*. Tradução: Mônica Braga. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- _____. *Vigiar e Punir*. 20.ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: o Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. Justiça Restaurativa. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p.79-123.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

GAUTHIER, Benoît. La médiation pénale: une pratique québécoise. *Nouvelles Pratiques Sociales*. Vol. 21, n.2, Printemps, 2009, p. 77-92.

GARCÍA-PABLOS, Antonio de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução à seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 1997.

GERLAK NETO, Martinho Otto. *Dicionário Técnico-Jurídico de Direito Penal e Direito Processual Penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control Electrónico y sistema penitenciario. *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla: 1991.

GRECO, Rogério. *Derechos humanos, crisis de la prisión y modelo de justicia penal*. Burgos: Universidad de Burgos, 2010.

_____. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco M. *Introducción a la Criminología y AL Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Alflen. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

HAWKINS, Gordon. Prison Labor and Prison Industries. *Crime and Justice*. Vol.5. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

HEGEL, Guillermo Frederico. *Filosofia Del Derecho*. Tradução de Angélica Mendonza de Monteiro. Buenos Aires: Claridad, 1968.

HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*. n. 9/10. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1973.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. Trad. Maria Lúcia Karam. 1.ed. Niterói: Luam, 1993.

_____. A aposta por uma Teoria da Abolição do Sistema Penal. *Verve*. São Paulo: Nu-Sol, 2005. v.8. p.251.

HUNGERFORD-WELCH, Peter. *Criminal Litigation and Sentencing*. 6.ed. London: Cavendish, 2004.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005.

JACOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KERCHOVE, Michel Van De. *Quand dire, c'est punir: Essai sur le jugement pénal*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

KOSS, Mary P. (et. al.). Ampliação da Resposta da Justiça de uma Comunidade a Crimes Sexuais Pela Colaboração da Advocacia, da Promotoria, e da Saúde Pública: Apresentação do Programa RESTORE. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p.349-384.

KUEHNE, Maurício. *Teoria e Prática da Aplicação da Pena*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2002.

LARRAURI, Elena. Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista. *Poder y Control*. Barcelona, n.3, p.95-116, 1987.

LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1999.

- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. trad. de José Hygino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. vol. I.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*. v. 757. Rio de Janeiro: RT, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LUZ, Orlandyr Teixeira. *Aplicação das Penas Alternativas*. 2.ed. Goiânia: Editora AB, 2003.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. II.
- MACHADO, Helena. *Manual de Sociologia do Crime*. Porto: Edições Aforamento, 2008.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal: El delito. La pena. Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles*. Vol. II. Bogotá: Temis, 1972.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Booseller, 2002.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma Abordagem Baseada em Valores. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. Justiça Restaurativa. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 267.
- MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: An Overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999.
- MARTINS, J. H. S. *Penas alternativas*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- MATHIESEN, Thomas. A Caminho do Século XXI: abolição, um sonho possível?. *Verve*, São Paulo, n.4, p.80-111, 2003.
- MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia*. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. Justiça Restaurativa. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 279.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em *Busca de um Paradigma: uma Teoria de Justiça Restaurativa. Restorative Practices e Forum*. n.02, agosto. Rio de Janeiro: International Institute for Restorative Practices, 2003.

MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *R. Inf. Legisl., ano 18, n.70*. Brasília: abr/jun, 1981, p. 160-174.

MONTEIRO, José Matos Pinto. [et. al.] *Código Penal: Sistematização da Procuradoria-Geral da República*. Lisboa: INCM, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 39.ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY, Fernando. *Lições de Direito Criminal*. vol.2. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Castilho, 1932.

NISTAL BURÓN, Javier. *La prisión del siglo XXI. X Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla: 2002.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. vol. I. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *O futuro alternativo das prisões*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Salete Magda. *Um desafio à dissuasão penal, in Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

OXHORN, Philip; SLAKAMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática: a Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p.187-210.

PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 249-250.

PASUKANIS, Eugene B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. El sistema del Derecho penal: entre el abolicionismo y el reduccionismo. *Poder y Control*, n.1. Barcelona, 1987.

PEASE, Ken. Community Service Orders. *Crime and Justice*. v. 6. The University of Chicago Press, 1985, p.51-94.

PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: Ibccrim, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. vol.1. 6.ed. São Paulo: RT, 2006.

PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

RELAE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio; REALE JR, Miguel. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 268-283.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. ¿Tiene Futuro el Derecho Penal?. *Revista Del Poder Judicial*. n. 49. Madrid: 1998.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça penal*. Coimbra: FDUC, 1999.

_____. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Exclusão moderna e prisão antiga*. In: SÁ, Alvino A; TANGERINO, Davi P. C.; SHECAIRA, Sérgio S. (coord.). *Criminologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.03-17.

_____. *Criminologia*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHEERER, Sebastian(et. all.). *Abolicionismo*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. *Hacia el abolicionismo*. In: SCEERER, Sebastian (et. al.). *Abolicionismo Penal*. Traducción por Mariano A. Ciafardini y Mrita L. Bondanza. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1989.

SCHUCH, Patrice. *Notas sobre a descoberta de uma “magia” moderna: análise antropológica da justiça restaurativa no Brasil*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2008.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português*. Parte Geral, III. Teoria das Penas e Medida de Segurança. Lisboa: Editorial Verbo, 1999.

SILVA, Jorge da. *Criminologia Crítica: segurança e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ed. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2009.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas. *Revista Sociologias*. n.16. jun-dez, 2006, p. 20-45.

STRATENWERTH, Günter. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: CIDPFD, 1996.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Execução Penal: proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*. São Francisco: Jossey Bass, 2001.

UMBREIT, Mark S; ARMOUR, Marilyn P. Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community. *Restorative Justice*, vol.36. Washington: Washington University Journal of Law & Policy, 2011, p. 64-89.

VELÁZQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis carcelaria y privatización de las prisiones em la modernidad*. Habana: Universidad de las Tunas, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Cosntituição como reserva de justiça*. Revista de Cultura Política, n.42. São Paulo: Cedec, 1997.

VITTO, Renato C. P. Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. . In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G; org. *Justiça Restaurativa*. Brasília: MJ e PNDU, 2005, p. 41-52.

WALGRAVE, Lode. La justice restaurative et la perspective des victimes concretes. In: JACCOUD, Mylène (dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*. Paris: L'Harmattan, 2003, 161-183.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 6.ed. São Paulo: Pioneira, 1989.

WHITFIELD, Dick. *The Magic Bracelet: technology and offender supervision*. Winchester: Waterside Press, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. London: Routledge, 1971.

WOLFGANG, Marvin E. Crime and Punishment in Renaissance Florence. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Autumn , n.3, vol. 81, p. 567-584, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*.v.1. Bogotá: Temis, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZEHR, Howard; MIKA, Harry. Fundamental Concepts of Restorative Justice. In: MCLAUGHLIN, (et. al.) (eds.). *Restorative Justice: Critical Issues*. London: Sage Publications, 2003.