



Febrero 2010

ESTADO DE DIREITO PENAL: DISCURSOS E PRÁTICAS DE UM SISTEMA PARADOXAL. POR UMA DESLEGITIMAÇÃO DOS INSTRUMENTOS ESTATAIS OPRESSORES

MARCELO NUNES APOLINÁRIO*

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Nunes Apolinário, M.: *Estado de direito penal: discursos e práticas de um sistema paradoxal. por uma deslegitimação dos instrumentos estatais opressores*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, febrero 2010. www.eumed.net/rev/cccss/07/mna.htm

Resumo: Salientamos desde já, que o direito penal contemporâneo, não reproduz nenhum dos autoritarismos do passado, mas que indubitavelmente, parece restaurar elementos que se constituíam em quase todos esses. Convém retratar todo o processo histórico para fazer entender esse conteúdo antiliberal abolicionista e os fenômenos cíclicos que movem o sistema penal atual, viciado ainda nas barbáries longínquas. No entanto, nossa tese está baseada na afirmação de estruturas discursivas que são semelhantes, ainda que os contextos e a tecnologia sejam distintos culturalmente; “São os mesmos troncos vestidos com diferente folhagem, ainda que com frutos parecidos” (ZAFFARONI, 2005, p. 159). Para confirma-lo, é imprescindível modular não exatamente a um período originário mas a um período em que o sistema penal sofreu fortes rupturas em seu ordenamento punitivo, mais especificamente na fase transitória da idade medieval à moderna com o estabelecimento da pena

* Professor de Direito Constitucional pela FAS – Pelotas – Brasil. Doutorando em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid. Advogado.

privativa de liberdade como substituta das corporais, analisando como esses discursos elaborados sistematicamente com certo grau de coerência teórica, se transladam e se tornam tão persuasivos num contexto social tão rico em informações e descobertas, afetando gravemente a coexistência dos princípios que efetivam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal; Sistema Penal; Tolerância Zero; abolicionismo.

SUMÁRIO: Introdução; I. O discurso político humanitário do penalismo moderno; II. A continuação do discurso humanístico: A problemática da pena privativa de liberdade e o fortalecimento das alternativas no contexto punitivo; III. A política da tolerância zero como instrumento de controle social; IV. Por uma utopia abolicionista do sistema penal; V. Considerações finais; VI. Referências bibliográficas

Introdução

O presente texto busca expor muito brevemente como o discurso político dominante, revestido em ações do sistema de justiça penal, ao longo da história da humanidade, caracteriza-se como um dos elementos mais atroz de dominação e como formas mais agudas de injustiças exercidas sobre o homem. Assim, voltamos aquela velha retórica de quem conhece a história de Roma conhece a história de todas as civilizações; retomando sua idéia e adaptando-a a nossos contextos, poderíamos também salientar que quem conhece o imperialismo da antiguidade e do Medievo, pode conhecer todas as formas de imperialismo e, conforme os ensinamentos do pensador latino-americano ENRIQUE DUSSEL, encerrar a questão dizendo que “a história é mestra da vida porque nos mostra que o que ocorreu no passado continua acontecendo no presente” (DUSSEL, 1984, p. 255).

Nas páginas seguintes, se persegue um duplo objetivo: num primeiro momento abordar o desenvolvimento do discurso humanístico da fase de transição do período medieval até a época da modernidade, baseado no idealismo iluminista com a concretização da pena privativa de liberdade como sanção padrão e ressocializadora; logo, transladar todo esse aparato discursivo penal a um período de pós-guerra, onde com a publicação de novos textos fundamentais, direcionados à espécie humana e com a notável crise da pena de prisão em seus propósitos reabilitadores, surgem novas alternativas consoantes a esses “novos velhos conhecidos” discursos. Já, na modernidade recente com os moldes inerentes do fenômeno da globalização, campeia a tentação, principalmente de países ocidentais, inspiradas no modelo americano, de buscar resultados nas instituições estatais mais coativas a fim de conter a desordem e a criminalidade gerada por uma época de crise de mercado, de adotar a política da Tolerância Zero como solução instantânea de violência urbana; num segundo momento, se busca considerar a evolução de uma nova teoria criada pelo professor da Universidade Eramus de Rotterdam LOUK HULSMAN sobre a abolição do sistema penal e sobre novas concepções do uso do delito como uma ferramenta conceitual, chegando a conclusão que o delito não possui “realidade ontológica”, fazendo parte de mais um discurso legitimante de um sistema penal contraditório e atentador dos direitos humanos. Essas idéias foram bem aceitas nos contextos acadêmicos e muitos filósofos de renome no mundo todo debatem com precisão a formalização desse fenômeno.

I. O discurso político humanitário do penalismo moderno

Em sua origem, a pena sempre se constituiu de maneira vingativa, como simples revide à agressão ou dano sofrido. Em termos cronológicos, não correspondendo com total exatidão à realidade, adotou-se o critério de situar as penas conforme as diversas fases históricas, provindo daí: a fase da vingança privada, a fase da vingança divina, a fase da vingança pública e a fase da reação humanitária.

Dentro de todo esse contexto histórico que merece uma breve abordagem das mais distintas fases da história humana e sobretudo penal, destacamos a lei do Talião, que, embora de extrema severidade diante dos valores culturais atuais, significou um considerável avanço na história das penas, pois estabeleceu uma proporcionalidade entre o crime e o castigo, passando a reprimenda a ter limite. É importante mencionar que diversas civilizações adotaram a política do Talião em suas legislações. A civilização Mosaica, por exemplo, indicava em versículos do Êxodo e do Levítico: Olho por olho, mão por mão e dente por dente. Nesse sentido, os Romanos também acolheram os ideais do Talião através da lei das XII tábuas (FERNANDES e FERNANDES, pp. 650, 651).

Analisando a evolução e o surgimento da pena nas civilizações mais antigas, ver-se-á que a pena de morte era freqüente. Saliendo que o contexto daquela época era promiscuo, onde jamais se pensou em direitos humanos, predominava a imposição da força e o caráter de dominação dos indivíduos que ordenavam a sociedade. Num raciocínio lógico, os tipos de pena deveriam acompanhar o desenvolvimento do homem, mas na prática, isso não ocorria já naqueles tempos e tampouco, diga-se de passagem, percebemos uma evolução mais concisa em tempos atuais.

Somadas as barbáries cometidas pelos homens, a vingança divina era exercitada com redobrada crueldade, eis que à altura do Deus ofendido cujo objetivo era purificar a alma do ofensor, reabilitando a mesma para o bem e para eternidade. De fato, a vingança divina era imposta pela religião que dominava o alto clero juntamente com o monarca, sendo esse, o responsável diretamente pelo exercício da lei e pelo controle dos seus súditos. Na fase da vingança pública, a pena visava resguardar a segurança do soberano, procurando intimidar por seu caráter religioso e opressor, prevalecendo sempre a decisão do julgador, não ocorrendo preocupações entre os requisitos de culpabilidade e os da vontade subjetiva do infrator, bastava o nexo causal para condenar; Imperava a desigualdade de classes diante da sentença punitiva.

As penas cruéis e autoritárias, somente no século XVIII é que começaram a ser excluídas, isso sob influência do iluminismo que teve sua inspiração em outro movimento humanístico do século XV, o chamado renascimento. Este movimento, baseado nas culturas grega e romana, fez

transcender alguns valores em que os homens eram os grandes protagonistas das relações políticas, literárias e artísticas, ocultando de um certo modo, aqueles valores impostos por diversas sociedades que adotavam a cultura religiosa como único segmento capaz de guiar as diretrizes da humanidade. O renascimento do século XV, exerceu uma forte influência sobre o aspecto da vida e da razão de enxergar o mundo em volta do homem, sendo alcançado suas previsões no século das luzes, tendo como principal acontecimento a Revolução Francesa de 1789, com a conseqüente proclamação da Declaração Francesa dos Direitos do Homem.

O movimento iluminista colaborou com a humanização da pena, salientando que a pena atroz é injusta, odiosa e inútil, sendo verdadeira barbárie acobertada pela maioria dos governos absolutistas. Isso porque as legislações penais da Europa nesse período, pautavam-se em procedimentos de crueldade, de torturas, castigos corporais e da pena de morte. Nesse sentido, alguns filósofos da época, preocupados com esse cenário, originaram alguns pensamentos vinculados aos ideais humanísticos. Essas idéias, foram desenvolvidas mais precisamente por pensadores franceses como VOLTAIRE, MONTESQUIEU e ROSSEAU, em defesa dos princípios de igualdade, liberdade e justiça. No entanto, para o direito penal, autores que mais se destacaram foram BECCARIA¹, HOWARD² e BENTHAN³.

Assim, esses mecanismos ideológicos do Direito Penal, proporcionaram uma codificação mais racional do ordenamento sancionador, caracterizando uma nova mentalidade das relações entre o Estado e seus cidadãos. Nesse sentido, RIBEIRO LOPES leciona que “a base do sistema legal está dada por quatro vetores fundamentais. Em primeiro lugar pelo princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Em segundo, pela fundamentação racional da pena, da

¹ Na sua obra dos Delitos e das Penas buscou em nome da humanidade e da razão, denunciar toda a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, os julgamentos secretos e torturas ilícitas como objetivo de se obter a prova do crime. O principal enfoque da sua obra se fixa na proporcionalidade da pena ao delito cometido.

² JOHN HOWARD tinha um pensamento evangélico e queria tornar as prisões instituições saudáveis e eficientes, de modo que os prisioneiros no devessem beber, jogar ou passar o tempo na ociosidade. A idéia de confinamento, se baseava num propósito religioso.

³ BENTHAM defendia uma certa severidade na sanção criminal: “um preso que sofre essa pena por delitos quase sempre praticados por indivíduos de classe mais pobre no deve gozar de uma condição melhor que a dos indivíduos da mesma classe que vivem em um estado de inocência e de liberdade”. J. Bentham. El panóptico. p. 47.

qual se deduz a necessidade de proporcionalidade da mesma ao fato cometido. Em terceiro, a concepção do delito como algo diferente do pecado e, conseqüentemente, um tratamento diverso dos delitos contra a religião e contra a moral e bons costumes. Por fim, a humanização das penas sob a preponderância da pena privativa de liberdade” (RIBEIRO LOPES, 2000, p. 192).

Para os autores italianos MELOSSI e PAVARINI a prisão não se fundamenta pela existência de objetivos humanitários e idealistas, mas sim pela necessidade de se constituir num instrumento que permitisse, muito mais que reforma ou reabilitação do condenado, a sua submissão ao regime capitalista. A força dessa resposta sendo a pena privativa de liberdade, não está relacionada aos seus possíveis resultados correccionais, mas sim à produção de uma nova realidade de trabalho – força – trabalho -, como uma mercadoria, útil a manutenção do sistema vigente (MELOSSI e PAVARINI, 1980).

Porém, o surgimento da pena privativa de liberdade, embora esteja relacionado à necessidade de aprisionamento com a finalidade de corrigir um contingente de indivíduos, em especial: mendigos e criminosos que vagueavam na Europa durante os séculos XVI e XVII, é fortemente influenciado pela crise sócio-econômica que se verificava nesse período. As razões do surgimento da pena privativa de liberdade vão muito mais além desse objetivo de transformação.

Desgraçadamente, o movimento iluminista tornou-se inócuo pois não conseguiu suportar as intenções do Estado Moderno e da classe que o controla. A revolução industrial do século XIX, a formação de governos totalitários que causaram a segunda guerra mundial, as ditaduras latino-americanas do século XX, e, agora mais recentemente os atentados terroristas nos Estados Unidos, Madri e Londres sepultaram todos os fundamentos humanísticos das ciências penais que foram originados por dito movimento. No entanto, ainda que prevaleça uma crise generalizada dos elementos que fomentaram os ideais humanitários, sobretudo na questão penal, é de suma importância ressaltar que os mesmos elementos que caracterizam a ilustração, foram essenciais na busca de novas medidas alternativas à prisão, sejam para fortalecer aqueles sentimentos de reducionismo penal, ou seja para expandir

os leques de opções do Estado em controlar, inocuizar e punir os indivíduos que constituem cada terreno político.

II. A continuação do discurso humanístico: A problemática da pena privativa de liberdade e o fortalecimento das alternativas no contexto punitivo

A pena privativa de liberdade surgiu como alternativa das sanções mais cruéis que existiam na idade média com o objetivo de atender aqueles valores humanísticos arquitetados pelos filósofos do iluminismo. Assim, suas finalidades se direcionavam a meditação religiosa num primeiro momento e logo, o discurso ideológico passou a tutelar elementos de reabilitação. Mesmo com essa “evolução”, a pena privativa de liberdade se mantém contaminada pelos aspectos negativos das origens das penas do passado, estigmatizando tais propósitos pelos quais foi criada, não alcançando o resultado que os diversos estudiosos do direito penal programaram, que seria a recuperação do delinqüente. Ao contrario, essa pena desde o seu surgimento, caracterizou-se mais pelos fenômenos maléficos por qualquer outro que poderíamos selecionar como positivo.

Nesse sentido, após a queda dos governos totalitários que geraram a segunda grande guerra, surge em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos cujo objetivo estava vinculado ao estabelecimento e fortalecimento dos ideais de dignidade inerente a todos os membros da família humana; que são os princípios de liberdade, justiça e paz social. Devido a essas razões significantes, que constituem um Código Político Universal, surgem posteriormente as chamadas Regras de Tóquio, que priorizam a aplicação das penas e medidas alternativas como mecanismos substitutórios da pena de prisão. Sua finalidade é assegurar com maior flexibilidade o tipo e gravidade do delito, conforme a personalidade e os antecedentes do delinqüente para evitar a aplicação desnecessária da pena privativa de liberdade.

Para alguns especialistas, em especial W. YOUNG (YOUNG, 1979), a implantação dessas novas medidas e a redução do uso da prisão implicam em quatro hipóteses: o humanitarismo já que a cadeia é considerada um ambiente

dessocializador e criminogéno; a ineficiência da sua função ressocializadora que não encontra respaldo e tampouco viabilidade dentro das estruturas prisionais; também pelo aumento massivo da população carcerária, causas de tantos problemas, e por último, as razões econômicas (onde há um maior custo da manutenção dos estabelecimentos fechados pelo Estado frente às alternativas). Para outros como McMAHON e MATTHEWS o desenvolvimento de alternativas distintas da detenção havia fomentado um processo de extensão da rede penal. Argumentaram que a proliferação de demandas não detentivas havia inadvertidamente conduzido mais delinqüentes ao sistema de justiça criminal. Paradoxalmente, a introdução de uma camada que se supunha ser sanções mais benignas e humanitárias foi o que encaminhou mais indivíduos à rede de controle social, com o resultado de que muitos infratores menores fossem etiquetados como criminais e, portanto, ratificados conforme sua desviação (McMAHON, 1990 e MATTHEWS, 2003). Também que a circulação de delinqüentes entre as diversas alternativas criou uma situação na que muitos deles estavam sendo desviados (dentro) do mesmo sistema, mais que fora dele. Desse modo, esse novo método de condução, não possui mecanismos de reabilitar, reformar ou confrontar os valores dos delinqüentes, senão que mais que simplesmente pretende monitorar seus movimentos e vigiar suas atitudes (MATTHEWS, 2003).

As expectativas otimistas que se haviam depositado no transcorrer das alternativas à detenção assim como os pressupostos de liberdade conforme o ordenamento vigente, requerem uma certa consideração. A maneira manipuladora de caráter pragmático que os Estados implementaram tais medidas gerou certa desconfiança e incerteza na condicionante de sua eficácia em nossos contextos sociais. Uma das conseqüências é atribuída ao fato de que ademais de conter a superpopulação carcerária, contribuíram com a afirmação de um sistema penal muito mais planejado, onde as estruturas de controle apresentam uma magnitude complexa e resultados completamente inesperados.

Portanto, a finalidade de reforma individual se converte num processo chave para os interesses do Estado Democrático bem como das formas de produção social que este sustenta, imperando todo um populismo punitivo, que se pode afirmar, quase que precisamente, começou a ser implantado em finais

dos anos 80 pelos governos de Reagan e Thatcher, tudo isso com meras intenções eleitorais.

Em suma, desde uma perspectiva política – criminal, os Estados, a partir da configuração das Regras de Tóquio, devem introduzir novas sanções distintas daquelas privativas de liberdade. Neste ponto, se pode dizer que a idéia, em si, é notável e progressista, digna dos pressupostos que requer um Estado de Direito. Mas, também é verdade que na prática, se nota que a adoção dessas novas conseqüências jurídicas tornou os Estados mais penais, policiais e controladores, de modo que estão sendo aplicadas exacerbadamente em conjunto com as reclusivas. Ainda, dentro desta perspectiva político – criminal, se deve concluir que ditas regras, mesmo que buscando alcançar os fins humanísticos de punição, veio a fomentar todo este arsenal punitivo, criando novamente uma forte desilusão em todos aqueles que pensaram que essa gama de penalidades, contribuiria com a flexibilização do direito penal.

III. A política da tolerância zero como instrumento de controle social

Sabemos que logo depois da queda dos regimes nazi-fascista, Europa originou o chamado constitucionalismo social. Sendo todavia as mais emblemáticas as constituições alemã e italiana. Pouco tempo depois, essa idéia se fragmentou aos demais países ocidentais, empreendendo seus processos de reformas punitivas conforme aquele “contrato” constitucional. A ressocialização – a prevenção especial positiva se erguia soberbamente à finalidade da pena privativa de liberdade. Mas nos dias atuais, com o fenômeno do aumento da criminalidade, as práticas do terrorismo e a falta de estrutura do poder público no controle da execução da pena com esses fins desde um ponto de vista carcerário, a mencionada política adotou a prática dos regimes e prisões de segurança máxima, as práticas de isolamento penitenciário, vigilância monitorada etc., enfim, se inverteram as bases do real constitucionalismo humanitário e as chamadas penas especiais positivas agora passaram declaradamente a serem chamadas de prevenção especial negativa;

segregação e neutralização assumiram o novo conteúdo da nova penalidade da época atual, a globalização (RIVEIRA BEIRAS, 2003, p. 122).

A sociedade contemporânea se caracteriza pelos fundamentos da globalização. Na esfera penal, o mesmo imperativo se constrói de acordo com a “evolução” sócio-político-econômica dos Estados. O ponto de partida para analisar esse fenômeno pode ser denominado através da expansão das forças coativas advindas de toda uma atividade legislativa de conteúdo penal desenvolvida nas últimas décadas nos Estados Unidos onde a criminalidade havia crescido consideravelmente. Na realidade, o termo globalização nada mais é do que a (norte) americanização do planeta, pois então se deve prestar uma atenção muito especial nos elementos que movimentam aquela cultura e seus objetivos, pois é de lá que se proliferam os modos de comportamentos e pensamentos de nossas sociedades. Se dentro desse contexto de mundialização do modelo americano, incorporamos de maneira natural as políticas econômicas, públicas e também penais, penitenciárias e policiais, o problema se torna delicado e bastante complexo (RIVEIRA BEIRAS, 2003 e CHRISTIE, 1993).

Talvez sejam WACQUANT (WACQUANT, 2001), J. YOUNG (YOUNG, 1996 e 2002) e GARLAND (GARLAND, 2005) os autores que mais precisamente descrevem a função da importação da política da tolerância zero que se fortalece nos Estados Unidos desde Nova York a Londres, depois Paris, Bruxelas, Milão, Munique e Madri e por intermédio dos câmbios, intervenções e publicações de caráter acadêmico, de maneira originária ou simulada, chega-se a América Latina mais especificamente nos grandes centros como São Paulo, Cidade do México, Buenos Aires, Lima e Caracas, caracterizando-se como um fenômeno que desencadeia um processo infinitamente imparável para a administração penal e carcerária (RIVEIRA BEIRAS, 2003).

Por trás da tolerância zero existe todo um aparato burocrático difundido pelos *Think Tanks*⁴ neoliberais e suas cadeias de transmissão publicitária, assim, a polícia nova iorquina utilizava apoio e credibilidade para abater a criminalidade aplicando uma política diferenciada chamada tolerância zero –

⁴ São institutos de consultoria que estudam determinados contextos nas áreas política, social e militar.

que baseada na *Broken Windows Theory*⁵ - se compromete em perseguir com rigorismo as menores infrações cometidas na via pública. Essa política foi implantada em meados da década de noventa pelo então prefeito de Nova York Rudolph Giuliani que com a idéia de cortar o mal pela raiz, visava vigiar e punir severamente a pequenos acontecimentos como pichações, pessoas vagando sem documentos, bem como indivíduos que pulavam as catracas do metrô, motoristas sem cinto de segurança nas vias urbanas etc; foram e são algumas das infrações preferidas pela policia para aplicar essa política, podendo ser automaticamente detido e diretamente remetido para trás das grades os cidadãos que se comportassem dessa forma.

Essa estratégia utilizada pelo chefe de policia Willian Bratton, funcionaria também em qualquer canto do planeta segundo o próprio. Esse slogan “totalitário” da tolerância zero está fazendo a volta ao mundo, mas é uma noção vaga e contraditória pois mescla determinadas transformações distintas da preservação da ordem pública. No entanto, a policia nova iorquina inicialmente se empenhou numa exacerbada reestruturação burocrática e as manutenções de determinados serviços sociais foram extintas. A policia procedeu também um desenvolvimento de novas tecnologias modernas, dentre elas o sistema *Compstat*, que permite seguir em tempo real a evolução de delitos nas camadas atingidas. Também foram implantados novos procedimentos de serviços de consultoria em engenharia empresarial bem como ações indiscriminadas contra o porte de armas, o tráfico de drogas, violações ao sistema de transporte e violência doméstica.

Portanto, criou-se nos grandes centros do planeta a idéia de que a policia (como instituição prioritária estatal) não deveria mais visar proteger a ordem pública, mas investir todos os esforços apenas no combate ao crime, adotando comportamentos mais punitivos que preventivos. Assim, os pequenos delitos e contravenções foram deixados de lado para que se combatessem os crimes mais graves e que causavam grandes impactos sociais. Desse modo, as pequenas janelas quebradas já não poderiam mais ser consertadas,

⁵ No ano de 1982, o cientista político JAMES WILSON e o criminologista GEORGE KILLING, publicaram na revista *Atlantic Montly* um trabalho inédito que estabelecia a relação entre a desordem e a criminalidade. Nessa publicação, cujo titulo se chamava *The Police and Neiborgood Safety* (A policia e a Segurança da Comunidade), os autores utilizaram a figura de janelas quebradas para explicar como a desordem social e a criminalidade poderiam gradativamente ser introduzida numa comunidade, causando a insegurança de seus cidadãos.

chegando a um ponto insustentável onde a criminalidade aumentou notavelmente em um curto período, de tal maneira que muitos estudiosos se deram conta do equívoco da estratégia implantada.

Esse paradoxo da penalidade neoliberal também se desenha no Brasil com um Estado cada vez menos social e mais policial e penitenciário, sendo a causa principal da trajetória generalizada da insegurança estatal e comunitária em nosso país. Não obstante, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais eminente em países como o Brasil que se caracteriza por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida, pela vulnerabilidade de princípios democráticos e de instituições capazes de amortecer os impactos causados pela dinâmica das relações de trabalho. (WACQUANT, 2001, p.07).

Isso se deve também a fatores históricos, sobretudo do enriquecimento coletivo do período da industrialização, em que a sociedade brasileira continua ainda sendo caracterizada pelos antagonismos sociais e pela miséria massiva, onde as combinações dessas correntes originam naturalmente o crescimento da violência urbana, transformando-se indiscutivelmente na principal patologia das grandes cidades.⁶ Aliado a isso, também se valora o fato de toda uma estrutura social falida, carecendo de programas de proteção social, induzindo a juventude dos bairros populares a buscarem por si o caminho da inserção no mercado precário de trabalho, convivendo diariamente com os dogmas do mundo das ruas, causando muitas vezes um “descaminho” em suas vidas e direcionando suas perspectivas ao bandidismo.

É nesse contexto de contradições do Estado chamado Democrático e de Direito que surge a legitimação do poder policial em vigiar, castigar e apartar do ambiente social essas pessoas que foram deslocadas à marginalização pelo próprio sistema que adota a política excludente. Essa agravada intervenção das forças de ordem retrata o uso rotineiro da brutalidade policial no Brasil, gerando um exacerbado sentimento de temor e insegurança entre as classes populares, que são seu referencial e banalizam a violência no país.

⁶ WACQUANT descreve em nota aos leitores brasileiros no livro *As Prisões da Miséria* que a morte violenta é a principal causa da mortalidade no país, com o índice de homicídios no Rio de Janeiro, em São Paulo e Recife atingindo 40 para cada 100.000 habitantes, ao passo que o índice nacional supera 20 para cada 100.000.

Essa demasiada força policial se deve também a tradição histórica em que o Brasil esteve submetido. Sobretudo, desde os tempos da colonização e do império onde sempre predominou o controle sobre os miseráveis pela força; tradição advinda da escravidão e dos conflitos rurais e que se fortaleceu durante o período de duas décadas de ditadura militar. Ademais, torna difícil compreender a implantação dessa política em tempos atuais em que se prioriza os valores inerentes a pessoa humana e todos os princípios seculares que se condicionam a esse valor. Talvez a classe rica no Brasil já não agüente tanta insegurança; porem, também é injusto e incoerente o Poder Público colocar a disposição todo o aparelho repressivo para conter as camadas mais oprimidas, sendo que a criminalidade encontra-se generalizada em todo tecido social.

Finalizando, a importação das medidas norte-americanas do *law and order* revestidas em políticas de intolerância estatal só vem fortalecer a idéia do direito penal máximo em nosso regulamento social, visando cada vez mais estabelecer o “aprisionamento maciço dos pobres”⁷, a formação de desempregados e meninos de rua, agravando os males que já sofrem a sociedade brasileira e latino-americana em sua complicada trajetória rumo a verdadeira concretização da democracia como elemento fundamental na formação de um Estado Social digno, ressaltando que não são os instrumentos mais coativos a serviço do Estado o principal pressuposto combatente da criminalidade, ao contrario, o maior nível de desenvolvimento social e de igualdade social de um país se demonstra pela capacidade de resolver os conflitos sociais com o menor uso desses instrumentos (CID MOLINÉ, 1997, p. 13; RUTHERFORD, 1984, p. 17 e DOWNES, 1988, p. 191).

IV. Por uma utopia abolicionista do sistema penal

Segundo J. YOUNG, a crise da criminologia é a crise da modernidade. Os contextos de formação da razão e do progresso do projeto modernista, a aplicação da lei no controle e arbitragem dos assuntos humanos e a

⁷ Termo utilizado por WACQUANT para mencionar a ditadura exercida sobre os pobres.

intervenção do governo para construir uma ordem social justa se fixa no peso de suas próprias contradições e ineficiências. A razão iluminista do século XVIII e a revolução tecnológica do século XIX nos deixaram a herança dos antagonismos mais importantes de uma política criminal atual, sendo de todas as formas, o questionamento destes dois momentos históricos, a origem de múltiplos debates na modernidade recente (YOUNG, 2003, p.58).

G. RUSCHE e O. KIRCHHEIMER em seu trabalho *Pena e Estrutura Social*, argumentam que em qualquer momento histórico, a natureza do castigo está determinada pelo sistema de produção. Segundo estes autores, os castigos em si mesmo não existem, somente existem sistemas específicos de punições e práticas delitivas concretas. Desse modo, a conduta social contra o crime em qualquer etapa da pena esta sempre vinculada ao aspecto da vingança pública, olvidando os fatores humanísticos, sobretudo o caráter ressocializador da pena, levando a doutrina moderna a compreender a pena como meio de controle social.

Esses pressupostos, de índole marxista, fazem brotar uma intenção abolicionista do Sistema Penal diante de um desrespeito generalizado que ocorre à legalidade material, processual e executória, seja pela própria dogmática jurídica ou pelas próprias instancias do Poder Judiciário, que atuando com arbitrariedade, faz gerar um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade, expandindo o campo de atuação do Direito Penal mais além das suas perspectivas preventivas. Portanto, a ideologia marxista no campo das relações humanas faz surgir as mais distintas interpretações interligadas à sua teoria de superestrutura conforme as intenções dominantes da classe que monopoliza o poder.

O abolicionismo não é uma teoria fácil de sistematizar, mas também não podemos considerar-la um mito acabado. Conforme S. COHEN, essa teoria é produto da mesma política anticultural dos anos sessenta que daria origem ao radicalismo cultural da teoria do etiquetamento (*Labelling Theory*) e ao radicalismo ideológico da nova criminologia critica que denominaria o delito como algo que se constrói socialmente (COHEN, 1989). Esta corrente ainda é pouco defendida em países que adotam o sistema penal como sistema de defesa amplamente “burguês”, dentre eles Estados Unidos, Inglaterra e Brasil e já muito desenvolvida nos países escandinavos. Entre os pensadores mais

destacados desta idéia, mencionamos a T. MATHIESEN (1989), L. HULSMAN (1989) e N. CHRISTIE (1989). Assim, numa visão geral, as críticas de MATHIESEN se centralizam no sistema carcerário, as de HULSMAN nas concepções do delito e as de CHRISTIE no positivismo penal. Porém, outras idéias como as de direito penal mínimo de BARATTA (1980), a doutrina estruturalista de FOUCAULT (1979) e a busca pela deslegitimação do sistema penal de ZAFFARONI (1991) vieram a contribuir com o desenvolvimento de dita corrente no campo da filosofia política e social.

Essas idéias não visam a desaparecimento do controle, senão, a eliminação dos controles repressivos que atuam ideologicamente sobre a psique e/ou sobre o corpo humano, então, distinguir o controle cuja gênese se encontra na constituição antropológica do homem, daquele que é pura coação e expressão de formas de dominação historicamente variáveis e por isso, em princípio superáveis (PÉREZ PINZÓN, 1989, p. 15). Nesse âmbito, se pode descrever que essa lição de PÉREZ PINZÓN seria o critério básico em que todas as concepções abolicionistas coincidem, já que há diversos modos de enxergar tal doutrina, indo desde uma concepção anárquica até outras de caráter religiosas.

A aceitabilidade da tese abolicionista no contexto Latino-americano é desenhada por ZAFFARONI. Esse autor argumenta que na realidade o que existe é uma utópica legitimidade do sistema penal, sendo esse, uma complexa manifestação das forças do controle social. A figura imaginária da legitimidade é outorgada por sua racionalidade, onde o poder social não sendo estático, e sim algo que se exerce, se caracteriza como um exercício de poder muito bem planejado racionalmente, e por isso “o discurso jurídico-penal é elaborado sobre um texto legal explicitando, mediante os enunciados da dogmática, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma do ‘dever ser’, ou seja, como um ‘ser’ que ‘não é’. Para que este discurso seja socialmente verdadeiro, são requeridos dois níveis de ‘verdade social’: a) um *abstrato*, valorizado em função da experiência social, de acordo com o qual a planificação criminalizante pode ser considerada como meio adequado para a obtenção dos fins propostos (não seria socialmente verdadeiro um discurso jurídico-penal que pretendesse justificar a tipificação da fabricação de caramelos entre os delitos contra a vida); outro *concreto*, que deve exigir que os grupos humanos que integram o sistema penal operem sobre a realidade de acordo com as

pautas planificadoras assinaladas pelo discurso jurídico-penal (não é socialmente verdadeiro um discurso jurídico-penal quando os órgãos policiais, judiciais, do Ministério Público, os meios massivos de comunicação social, etc., contemplam passivamente o homicídio de milhares de pessoas) “(ZAFFARONI, 1991, p. 18).

É inegável que nos últimos tempos o abolicionismo penal foi a proposta mais radical de exclusão do sistema penal, sendo natural às críticas elaboradas por determinados pensadores do mundo contemporâneo. FERRAJOLI por exemplo, ressalta que o abolicionismo poderia nos levar a uma anarquia punitiva ou a concretização mais veemente de uma sociedade disciplinária moldada em contextos panópticos como já ressaltava FOUCAULT⁸. Conforme as críticas do professor italiano se pode complementar ainda que a pretensão de suprimir o sistema penal, deixaria o Estado sem uma resposta institucional ao delito e aos conflitos privados; de modo a fortalecer aquilo que HOBBS já argumentara que nosso estado natural é constituído pela guerra de todos contra todos⁹. Já para PAVARINI, os questionamentos da eficácia dos princípios abolicionistas se configuram em dar respostas a problemas eminentemente vivos em nossas sociedades como o terrorismo.

No entanto, ZAFFARONI absorveu tais críticas desenvolvendo novos conteúdos de ampliação da utilização da tecnologia como elemento transformador da órbita de controle e numa perspectiva de âmbito natural e inevitável. Descreveu que as duas situações podem ser categorizadas mais amplamente como: “o avanço tecnológico, ao criar meios físicos muito mais sofisticados que não deixam nenhum espaço de controle de conduta que possa ser invadido, põe, também, em mãos de grupos cada vez mais reduzidos de pessoas e, até, em mãos de indivíduos isolados, instrumentos com formidável poder destrutivo, ampliando a capacidade desses grupos e pessoas para destruir massivamente os bens jurídicos” (ZAFFARONI, 1991, p.109). Assim, o mesmo desenvolvimento tecnológico pode tornar-se num mecanismo “totalitário” e destruidor dos valores humanísticos e garantistas, tanto na forma

⁸ Por MATIAS BAILONE., Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante império del poder punitivo. Disponível na internet: www.carlosparma.ar/abolicionismo.htm. Acesso em 10 de Maio de 2005.

⁹ Nesse sentido, para o autor JESÚS MARIA SILVA SÁNCHEZ, o abandono de todo controle estatal da desviação lesionatória de direitos de terceiros poderia levar a uma situação de livre jogo de força social nos términos de: agressão- vingança- agressão.

culposa como dolosa, representando desse modo um sistema de controle muito mais prejudicial do que esse tradicional já existente.

Cabe salientar que o atual sistema penal não tem resolvido os conflitos entre os pólos das relações jurídicas; tampouco o direito penal mínimo e o garantismo fundamental vêm proporcionando resultados positivos capazes de conformar a comunidade global de que existe uma segurança jurídica baseada nesses preceitos.

Para isso, ZAFFARONI tem proposto um direito de controle de atividade preventiva policial com estrita vigilância judicial, que poderia ser controlado por órgãos não convencionais de justiça, de caráter nacional e até mesmo internacional, de maneira a prevenir e limitar a ação preventiva em cada caso concreto. Da mesma forma, ROXIN em uma das suas cinco profecias futurísticas menciona que a “sociedade ilustrada do futuro poderia encontrar formas de organização que não necessitariam mais da pena nem de suas conseqüências danosas” (ROXIN, 1998, p. 441)

Dadas circunstâncias relevam o abolicionismo (ainda embrionário) penal atual a um movimento romântico, utópico e sobretudo real, porque em nenhum momento estabelece o desaparecimento dos conflitos sociais com a morte do sistema penal, ao contrario, reconhece a existência de tais conflitos como um fenômeno natural. Mas diante dessa realidade ambígua entre a norma penal e os acontecimentos reais de violência é que se postula a exclusão desse sistema vigente, que tem se caracterizado num instrumento “enganador” de amenização das batalhas sociais. Desse modo, para abranger uma resposta ao sofrimento dado pela progressiva ação dos sistemas penais existentes e por sua racionalidade legislativa é que devemos iniciar um caminho (ainda que ilusório e árduo) pela busca de uma política-criminal adequada conforme o grau de evolução da humanidade, onde os valores do *ius puniendi* não tenham outros propósitos que proporcionar a vida em liberdade.

V. Considerações Finais

Nota-se claramente que as últimas décadas parecem caracterizar-se por um exacerbado protagonismo do sistema penal. Basta infiltrar-se aos meios de comunicação para comprovar o altíssimo índice de notícias que estão relacionadas com conteúdos direcionados a tribunais, crimes, polícia, suborno, tráfico de drogas, corrupção, penas etc. A vida política moderna esta marcada por sentenças judiciais e por um sensacionalismo midiático que constantemente faz publicidade da criminalidade e do terrorismo, desenhando um novo modelo de propósitos eleitorais através desse populismo punitivo com objetivos controladores (APOLINÁRIO, 2009, p. 03). A situação descrita pode interligar-se ao ideário de Estado de Direito conforme seus principais valores como império da lei, direito à liberdade de imprensa etc. Porém, esse “adequado” funcionamento dos pressupostos do Estado Moderno, também configura uma presença excessiva do Direito Penal, acarretando a morte dos direitos fundamentais conquistados a partir de lutas históricas da humanidade contra os governos centralizadores e opressores.

A estrutura, os meios ou elementos do Direito Penal devem por tanto se configurar de acordo com os princípios gerais e com respeito aos Direitos Humanos e os valores que tutelam a convivência democrática. A resolução dos problemas sociais de maneira pacífica só enaltece a finalidade do Direito em si próprio, na sua magnitude de servir ao homem. Conforme esses parâmetros, uma política criminal orientada aos fins do Estado Democrático, deve utilizar somente os meios congruentes a que se referem tais princípios.

No transcorrer da história nunca os sistemas penais vigentes foram compatíveis com os discursos políticos que arquitetaram os ordenamentos penais em razão da defesa e garantia da ordem. Por isso, estamos convictos que cada vez mais se faz necessárias investigações a respeito do tema e a respeito de uma possível abolição das práticas segregadoras exercidas pelo contexto punitivo estatal, tornando essa fase, ainda que utópica, num momento de consagração da convivência humana.

VI. Referências bibliográficas

- APOLINÁRIO, M. (2009). "O populismo punitivo na era da informação e o direito penal como instrumento de pedagogia social", en contribuciones a las ciencias sociales, junio 2009. www.eumed.net/rev/cccss/04/mna.htm
- BARATTA, A. (1980). Desarrollos recientes de la criminología crítica y el marxismo. Florencia.
- BECCARIA, C. (1986). De los delitos y de las penas. Alianza Editorial; Madrid.
- BENTHAM, J. (1979). El panóptico; el ojo del poder. Ed. La piqueta. España, 1979.
- CHRISTIE, N. (1989). Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno, en abolicionismo penal, Ediar.
- _____ (1993). La industria del control del delito ¿ La nueva forma del holocausto? Buenos Aires: Editores del Puerto.
- COHEN, S. (1989). Abolicionismo penal, Ediar.
- DOWNES, D. (1988). Contrasts in tolerance. Post-war penal policy in the Netherlands and England and Wales. Oxford, Clarendon Press.
- DUSSEL, E. (1984). "Da secularização ao secularismo da ciência europeia, desde o Renascimento até o Iluminismo". In: Caminhos para a Libertação da América Latina (02) São Paulo.
- FERNANDES, N. e FERNANDES, V. (2002). Criminologia integrada. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FOUCAULT, M. (1979). Microfísica del poder. La Piqueta, Madrid.
- GARLAND, D. (2005). La cultura del control del delito. Gedisa, Barcelona.
- HULSMAN, L. (1989). La criminología crítica y el concepto del delito, en Abolicionismo penal, Ediar.
- MATHIESEN, T. (1989). La política del abolicionismo, en Abolicionismo penal, Ediar.
- MATTHEWS, R. (2003). Pagando Tiempo: una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra.
- McMAHON, M. (1990). Net-Widening: Vagaries and the Use of a concept, British Journal of criminology, 30 (2).
- MELOSSI, D. e PAVARINI, M. (1980). Carcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI – XIX. México: Siglo Veintiuno Editores.
- MOLINÉ, C. (1997). Penas Alternativas a la Prisión. Barcelona, Bosch.
- PEREZ PINZÓN, A. (1989). La perspectiva abolicionista. Bogotá, Ed. Temis.
- RIBEIRO LOPES, M.A. (2000). Teoria Constitucional do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RIVEIRA BEIRAS, I. (2003). Sistema Penal y Problemas Sociales (coordinador: Roberto Bergalli). Valencia, Tirant lo Blanch.

ROXIN, C. (1998). Dogmática Penal y Política Criminal. Traductor y Editor: Dr. Manuel Abanto Vásquez. Idemsa, Peru.

RUSCH, G/ KIRCHHEIMER, O. (1984). Pena y estrutura social, Bogota.

RUTHERFORD, A. (1984). Prisons and the process of justice. The reductions challenge. London, Heineman.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1992). Aproximación al derecho penal contemporáneo. Bosch Editor, Barcelona.

WACQUANT, L. (2001). As prisões da miséria: Tradução, André Telles. Jorge Zahar Ed. Rio de Janeiro.

YOUNG, J. (1996). The criminology of intolerance: Zero-tolerance policing and the American prison experiment. London: Center for criminology, Middlesex University.

_____ (2002). A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente; Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

YOUNG, W. (1979). Community Service Orders. The development and use of a new penal measure. London, Heinemann.

ZAFFARONI, E.R. (1991). Em busca das penas perdidas – a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan.

_____ (2005). En torno de la cuestión penal. Director: Gonzalo D. Fernández. Coordinador: Gustavo E. Aboso. Editorial B de F – Montevideo – Buenos Aires.