

Eduardo Viana

11^a edição
revista, atualizada e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CRIMINOLOGIA

Da (des)legitimação

Sumário • 1. Introdução; 2. O Abolicionismo; 2.1. A imprescindibilidade do Direito Penal (?); 3. O movimento de Lei e Ordem; 3.1. Críticas; Quadro sinótico.

1. INTRODUÇÃO

Para saber o grau de violência (institucional) da sociedade em que se vive, basta olhar para o modelo de Política Criminal adotado, haja vista que ela compreende o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal¹⁵⁵⁰. Em sentido semelhante, Mergen considera que a Política Criminal se empenha em controlar o crime e a criminalidade com os meios de prevenção e de repressão¹⁵⁵¹. Em um horizonte mais distante, portanto, a Política Criminal tem como objetivo a consecução do controle ótimo da criminalidade¹⁵⁵². Isso nos autoriza tanto a prognosticar sobre a importância que a Política Criminal tem no constante processo de desenvolvimento e reforma conscienciosos do Direito e do Processo Penal como simultaneamente compreender, agora com muito mais clareza, porque o modelo de Política Criminal é o termômetro do nível de violência institucional do Estado: um Estado com traços autoritários – a pretexto de controle ótimo da criminalidade – será incorrigivelmente inclinado a um modelo que ignore os princípios básicos do Estado de Direito (humanidade, igualdade, liberdade, proporcionalidade). Portanto, fica evidente que a análise da orientação político-criminal não deve se restringir somente à análise das propostas de enfrentamento sugeridas pelo legislador, senão também averiguar o que está por trás dos discursos de resposta ao fenômeno criminal, isto é, a sua adequação, ou não, aos valores que devem reger o modelo de política criminal no Estado de Direito. Quando a orientação da política-criminal estiver dissociada desses valores, então não mais estaremos no campo da Política Criminal, senão no campo da Política Penal. Na preciosa advertência de Borja Jiménez, tão pertinente neste momento de crescimento de governos com marca conservadora¹⁵⁵³:

La política criminal del Estado totalitario es clara. Su misión es erradicar hasta el último vestigio del crimen, sin tener presente derechos y garantías individuales, pues constituirían un freno a la labor de ‘limpieza’ del entorno más indeseado de la comunidad. La política interior es una política de seguridad nacional. Las fuerzas

1550. Delmas-Marty, Mirelle. Os grandes sistemas de política criminal; trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 3. (destaque no original). No mesmo sentido Borja Jiménez define a política criminal como “aquele sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal”. Borja Jiménez, Emiliano. Curso...Op. cit., p. 21.

1551. Mergen, Armand. Die Kriminologie...Op. cit., p. 125.

1552. Mergen, Armand. Die Kriminologie...Op. cit., p. 126.

1553. Borja Jiménez, Emiliano. Curso...Op. cit., p. 23.

armadas y policiales tienen licencia, expresa o tácita, para utilizar todos los medios, incluidos la tortura y otras formas de represión formalmente ilegítimas, de combate contra el crimen. No existe división de poderes, no existe el juez natural, ni el principio de presunción de inocencia, ni el derecho del sospechoso a un trato digno y humano...

Fundamental distinguir *modelo de política criminal de movimientos político-criminais*. O modelo é determinado pelas correntes ideológicas, linhas diretivas que orientam a política criminal. Nesse sentido, segundo Delmas-Marty, as grandes influências ideológicas que comandam as escolhas de política criminal situam-se em três eixos principais: liberdade, igualdade e autoridade¹⁵⁵⁴. A **corrente liberal**, com origem no movimento ilustrado, apoia-se, evidente e fundamentalmente, na primazia da liberdade do ser humano. A **corrente igualitária** se fundamenta em uma crítica ao liberalismo e à desigualdade que este engendra na realidade. A partir dessa crítica, a corrente igualitária se divide em dois ramos: o movimento *libertário* ou *anarquista*, que pretende estabelecer um regime de liberdade ilimitada e igualdade total; e a *tendência autoritária*¹⁵⁵⁵.

Os **movimentos político-criminais** não representam a concepção ideológica, mas a concretização, a positivação daquela ideologia, ou seja, é o modelo de orientação (*punitivista* ou *não intervencionista*) seguido pelas agências formais de controle social. Em detalhe: um movimento de política-criminal pode ser formulado no sentido de que o Direito Penal não deve ser a única forma de prevenir delitos; também medidas de caráter não intervencionista – como medidas de cunho social e econômico – podem ser tão ou mais eficazes quanto o sistema penal. Por outro lado, outra orientação pode partir do pressuposto segundo o qual não há outro caminho para reagir ao fenômeno criminal a não ser por meio do sistema penal.

Regra geral, a tendência de tolerar o sistema penal prende-se ao fato de que as pessoas são levadas a crer que a prisão conduz à emenda do criminoso. Contudo, como ressalta Mathiesen “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 no começo de sua ruína”¹⁵⁵⁶. Verdade, segundo a reação social, responsável pela consolidação definitiva da carreira criminosa, propiciando a formação de um padrão comportamental *subcultural*. E é, de certa maneira, sobre o binômio legitimidade/necessidade do sistema penal que gravita o abolicionismo (aqui considerado como vertente da Criminologia crítica) e o movimento de política criminal Lei e Ordem.

O primeiro, o abolicionismo, defende que o mal causado pelo sistema penal é muito mais grave do que o fato que gera sua intervenção, por isso – em sua vertente

1554. Delmas-Marty, Mirelle. Os grandes...Op. cit., p. 95-321.

1555. Delmas-Marty, Mirelle. Os grandes...Op. cit., p. 49.

1556. Mathiesen. Thomas. Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: Ibccrim, 1997, p. 277.

mais radical – propõe a sua abolição. Em lado oposto, o movimento de lei e ordem arma-se com as ideias de intervenção máxima do sistema penal.

Passo a examinar a estrutura básica de cada um destes movimentos.

2. O ABOLICIONISMO

O termo abolicionismo, se o tomamos da nossa realidade histórica, não oferece qualquer dificuldade de compreensão. Por exemplo, falamos em abolição da escravidão ou abolição das penas cruéis e degradantes. No âmbito criminológico, materialmente o termo assume o mesmo sentido, isto é, o conteúdo das reflexões abolicionistas está direcionado à elaboração de uma estrutura teórica capaz de fundamentar a abolição de estratégias de controle estatais, técnicas de marginalização e estruturas repressivas do direito¹⁵⁵⁷: “Se afastado do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça”. Eis a passagem do livro “Peines perdues. Le système penal en question” (Penas perdidas. O sistema penal em questão), cujo título fornece uma boa imagem das ideias de Hulsman, um dos expoentes do **abolicionismo imediato e integral**¹⁵⁵⁸⁻¹⁵⁵⁹.

Nos capítulos precedentes, ficou evidente que a partir da segunda metade do século XX, a Criminologia ocupou-se de questionar a legitimidade punitiva do Estado, não raras vezes ao optar pela decisão criminológica de deslegitimar o sistema punitivo. Entre esses movimentos político-criminais surgiu, como uma vertente da Criminologia crítica, o abolicionismo¹⁵⁶⁰.

Como o leitor perceberá logo adiante, a proposta abolicionista, conduzida para a desconstrução do sistema penal, é uma mudança de atitude (*Einstellungsänderung*) e essa começa com a reforma da própria linguagem. O objetivo do abolicionismo, aponta a doutrina, também foi o de denunciar as palavras que o sistema penal criou para confundir e negar a realidade. Por exemplo, as partes não podem interferir na resolução de um conflito porque o sistema penal significou a palavra delito e dela somente os especialistas podem se encarregar. Com isso, por meio da reconstrução da linguagem, propõe-se revigorar outros termos, como “reparação”,

1557. Schumann, Karl F. Labelling approach und Abolitionismus. In: 22. Deutscher Soziologentag: 1984. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1985, p. 309.

1558. Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas. O sistema Penal em Questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993. O leitor encontrará um excelente panorama sobre Hulsman em Aniyar de Castro, Lola; Codino, Rodrigo. Manual...Op., cit., p. 233-254.

1559. Aqui tratarei apenas do abolicionismo radical na concepção de Hulsman. Isso significa que o leitor precisará ficar atento para o fato de que não há, propriamente, um único abolicionismo. Para outras concepções, em especial Nils Christie e Thomas Mathiesen, cf. Anita, Gabriel Ignácio. Histórias... Op. cit., p. 702-713. Cf. também Zaffaroni, Eugênio Raul. Em busca...Op. cit., p. 98-100.

1560. Sobre o desenho inicial cf. Shecaira, Sérgio Salomão. Criminologia... Op. cit, p. 341 e ss.

“conflito” e “situações problemáticas”¹⁵⁶¹. Seria legítima a pergunta sobre a relevância do porquê dessa mudança de atitude linguística. A ideia de que a linguagem repercute sobre o fenômeno criminal não é novidade alguma. O meu leitor seguramente ainda terá em mente que os membros do labelling, em especial Goffman, chamavam a atenção para o processo de etiquetamento do indivíduo e os impactos que esse poderia ter sobre a sua autoimagem (cf., acima, cap. X, item n. 2). A mudança das palavras não representa somente uma filigrana linguística, senão que pode significar genuína mudança de atitude, o que acontece quando se propõe a substituir o termo encarceramento por tratamento ou concubina por companheira¹⁵⁶². Mudar a linguagem é, pois, necessário. Somente assim seria possível penetrar na vida cotidiana e entender os “problemas independentemente das classificações e definições que as instituições vigentes...”¹⁵⁶³.

Mas não é somente isso.

Possivelmente o leitor já tenha intuído que a força motriz para o abolicionismo foi a **deslegitimação do sistema penal**, especialmente a partir da constatação, pelos abolicionistas, de que o dano causado com a intervenção do sistema penal é mais nocivo à sociedade do que o mal que ele se presta a resolver. A intervenção do sistema penal acentua as desigualdades sociais e projeta a forte carga seletiva que o sistema traz consigo. “*Abolicionismo* nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a resolução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais¹⁵⁶⁴”. O objeto da abolição, portanto, não é somente uma parcela do poder punitivo institucionalizado – o direito penal, por exemplo – senão todo o sistema penal¹⁵⁶⁵. E o que isso significa exatamente? Significa a abolição da totalidade das instituições que operacionalizam o exercício do poder punitivo: os órgãos de controle punitivo (Policia, Ministério Público, Justiça, Prisão etc.) (i); as normas que viabilizam o exercício do controle (código penal e processual penal; leis penais extravagantes, lei de execução penal etc.) (ii); e os saberes que pavimentam o caminho

1561. Anitua, Gabriel Ignácio. Histórias... Op. cit., p. 698-699.

1562. As expressões estão em Aniyar de Castro, Lola; Codino, Rodrigo. Manual...Op., cit., p. 237.

1563. Martínez Sánchez, Mauricio. El problema social. “Sistema Penal”: el Sistema acusado por los abolicionistas. In: Araújo Junior, João Marcelo de (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 45.

1564. Zaffaroni, Eugênio Raul. Em busca... Op. cit., p. 89.

1565. “Para nosotros el sistema penal es una forma específica de cooperación entre un cierto número de agencias como la policía, la justicia (en sentido amplio, esto es, no sólo los jueces, sino también los fiscales, los abogados, etc.), la *probation* y el servicio penitenciario, los departamentos de derecho penal y criminología en el mundo académico, el Ministerio de Justicia y el Parlamento”. Cf. Hulsman, Louk. El enfoque abolicionista; políticas criminales alternativas. In: Criminología crítica y control social. Rosario: Editorial Juris, 1993, p. 77.

para o exercício do controle (dogmática penal, processo penal, criminologia, medicina legal etc.)¹⁵⁶⁶ (iii).

O ponto de partida para a abolição de todo o sistema penal está assentado na ideia segundo a qual enquanto se insistir com a ideia de castigo – seja em que nível for – não se pode esperar nada de bom. E isso porque o sistema penal causa sofrimentos desnecessários; não tem efeito positivo algum sobre os indivíduos e é difícil de ser mantido sob controle¹⁵⁶⁷. É necessário, pois, um sistema alternativo que abandone a operacionalização punitiva seletiva em favor da solução informal dos conflitos¹⁵⁶⁸.

Os abolicionistas partem da premissa de que o crime não possui uma realidade ôntica (ou operacional)¹⁵⁶⁹, mas sim uma realidade construída e modificável, cabendo ao legislador este papel de criar o criminoso: **atos não são, eles se tornam** alguma coisa, bem escreveu Christie¹⁵⁷⁰, razão pela qual é preferível falar em **eventos criminalizáveis**: “Um golpe de Estado e um furto têm em comum somente o fato de que ambos são de competência da justiça penal; essa competência ‘resulta de uma decisão humana modificável’”¹⁵⁷¹. O fato de os especialistas empregarem o termo “delito” sem essas considerações de definição do sistema penal induz a crer que o delito tem uma realidade ontológica, o que é um equívoco para a perspectiva abolicionista¹⁵⁷².

A demonstração desse equívoco não é difícil, argumentam os abolicionistas. A historiografia jurídico-penal das legislações demonstra o quanto o conceito de delito é modificável: muitos comportamentos considerados delitos em determinada época, hoje não o são; comportamentos catalogados como delitos em alguns países, não o são em outros¹⁵⁷³. Certamente por isso, Hess e Stehr, por exemplo, não consideram o direito penal e a criminalidade como fenômenos atemporais e universais, senão que surgem com a transição das sociedades primitivas para as sociedades estatais (*Übergang von den akephalen*¹⁵⁷⁴, *herrschaftslosen zu herrschaftlich und staatlich*

1566. Andrade, Vera Regina P. de. Pelas mãos...Op. cit., p. 261.

1567. Andrade, Vera Regina P. de. Pelas...Op cit., p. 261.

1568. Cfr. Larrauri, Elena. Criminologia Crítica: abolicionismo y Garantismo. Revista de Estudios Criminales, n. 20, 2005, p. 12-13.

1569. Anitua, Gabriel Ignacio. Histórias... Op. cit., p. 698.

1570. Christie, Nils. A indústria do controle do crime; tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 12.

1571. Martínez Sánchez, Mauricio. El problema...Op. cit., p. 45.

1572. Esse modo de argumentar não é novo, em absoluto. Certamente o leitor recordará da concepção da construção da realidade defendida pelos teóricos da reação social (cf. *acima*, cap. X)

1573. Cf. Quensel, Stephan. Zur Funktionalität von Kriminalität und Criminal-Justiz-System. Skizze eines Arbeitsprogramms bzw. Bitte um kriminalhistorische Unterstützung. In: 2. Beiheft des Kriminologischen Journals “Kriminologie und Geschichte”, 1987, p. 186 e ss; Hess, Henner; Stehr, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: Hess, Henner. Die Erfindung des Verbrechens. Frankfurt am Main: Springer, 2015, p. 41 e ss.

1574. O adjetivo “akephal”, quando utilizado no contexto sociológico (referente a sociedade) significa ausência de poder central. Saiba o leitor, portanto, que primitivo, aqui, tem esse sentido: ausência de governo central.

organisierten Gesellschaften)¹⁵⁷⁵. O conceito de delito, portanto, não derivaria de uma realidade pré-jurídica, mas sim de uma realidade ideológica construída pelo sistema penal, por isso, em sua versão mais extrema, o abolicionismo propõe que se abandone a terminologia jurídica clássica.

Ademais, se os eventos criminalizáveis são a representação de um conflito interpessoal, esse somente pode ser satisfatoriamente solucionado com a intervenção ativa dos envolvidos, noutros termos: a responsabilidade pela solução do conflito deve sair das mãos do Estado para as mãos dos personagens do evento criminalizável. A solução para um conflito, portanto, seria obtida por **soluções informais de composição**. Se consideramos que a intervenção formal do Estado significou o confisco do conflito das mãos da vítima e que o canal legitimador para isso se deu por meio da construção de conceitos abstratos que permitiram transferir a solução do conflito das mãos da vítima para as mãos do Estado, o abolicionismo propõe o retorno às origens, isto é, a desconstrução desses conceitos abstratos utilizados pelo sistema penal e a conseqüente restituição do conflito para as mãos dos envolvidos¹⁵⁷⁶. Recordemos, com Aniyar de Castro e Codino, “que a vítima foi quem sempre teve participação como protagonista do processo antes do sistema penal e seu conceito de ‘crime’ (discurso cuja origem se encontra por volta do século XIII) a substituíssem, colocando o Estado em seu lugar”.

O abolicionismo, portanto, propõe a superação do tradicional modelo institucionalizado de resposta aos conflitos, é dizer: não significa o desaparecimento de todo e qualquer controle social, senão a eliminação do controle repressivo nos moldes em que é realizado. Noutros termos: *alternativas ao sistema penal não são sanções alternativas, senão alternativas aos processos do sistema penal*¹⁵⁷⁷. Hulsman¹⁵⁷⁸ deixa claro esse posicionamento quando traz à baila a seguinte situação:

[...] Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer morar com o primeiro e fala em expulsá-lo da casa; o 3 declara: “o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague”. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: “ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra etc...”. O último, enfim, sussurra: “a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa [*sic*] deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos fazer juntos um exame de consciência.

1575. Hess, Henner; Stehr, Johannes. Die ursprüngliche...Op. cit., p. 56 (sem o itálico no original).

1576. Aniyar de Castro, Lola; Codino, Rodrigo. Manual...Op., cit., p. 235.

1577. Hulsman, Louk. El enfoque...Op. cit., p. 89.

1578. Op. cit., p. 100.

O importante do exemplo, como ressalta Anitua, está no fato de que, liberados da obrigação de referências e soluções que a lei impõe, pessoas diferentes definem os problemas de modo diferente e sugerem soluções diferentes¹⁵⁷⁹. Essa **visão anascópica** de enfrentamento de uma situação-problema expressa a ideia segundo a qual o confisco do conflito das mãos do Estado permitirá que a sua solução seja melhor, e mais satisfatoriamente, manejada pelos próprios indivíduos envolvidos na situação problemática (o que conduz à privatização dos conflitos). Esse modelo de solução do conflito, em oposição à **visão catascópica**¹⁵⁸⁰, orienta-se de dentro para fora. Isso significa, na prática, que a proposta abolicionista rompe com a ideia de universalidade dos marcos burocráticos estabelecidos pela lei para enfatizar a particularidade de cada situação-problema que se nos apresenta.

Dois componentes são imprescindíveis para a compreensão da rota abolicionista: o primeiro firma-se no sentido de que o sistema penal, o qual é **seletivo** e **estigmatizante**, não previne, apenas age (re)ativamente e não preventivamente; o segundo aponta para o estado **anômico** do sistema¹⁵⁸¹. Diante de uma realidade que Hulsmann considera irrecusável, pondera:

[...]. Como achar **normal** um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número **ínfimo** de situações que são os casos **registrados**. O enfoque tradicional mostra-se, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópico, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade¹⁵⁸². (negritos no original)

Do que foi dito até aqui não é difícil identificar a ideia central do pensamento abolicionista: trata-se de uma direção teórica que se opõe à estatização dos conflitos. Essa construção é essencialmente particularizada pela recusa ao uso do castigo (i); pela devolução da resolução do conflito aos indivíduos envolvidos no evento criminoso (ii). Isso conduz os abolicionistas a empreenderem uma cruzada contra o sistema penal, a qual culmina com a elaboração de um conjunto de argumentos que justificariam a sua abolição, a saber¹⁵⁸³:

1579. Anitua, Gabriel Ignácio. Histórias... Op. cit., p. 700.

1580. Nessa visão, a solução do conflito é realizada de fora para dentro, isto é, a partir dos marcos conceituais estabelecidos pelos Estado e sem a participação dos indivíduos.

1581. Para a síntese cf. Larrauri, Elena. Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista. In: Poder y Control, 1987, p. 104 e ss.

1582. Op. cit., p. 66.

1583. Cf. Martínez Sánchez, Mauricio. El problema...Op. cit., p. 56 e ss; Shecaira, Sérgio Salomão. Criminologia... Op. cit., p. 348-356; Queiroz, Paulo de Souza. Curso de direito penal: parte geral. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 433-442.

- 1) O sistema penal **é anômico**, ou seja, as normas penais não cumprem as funções manifestas, não protegem a vida, a propriedade, a liberdade sexual. Essa “anomia” tem relação direta com a teoria da pena, notadamente com a prevenção geral negativa. Vale dizer: a criação de um tipo penal não evita a sua ocorrência; as cifras de reincidência demonstram que o efeito dissuasivo da pena não pode ser demonstrado empiricamente. Basta averiguar se a quantidade de crimes (taxados de) hediondos diminuiu após a Lei 8.072/90. O modelo de política criminal que propõe o aumento de pena e endurecimento na sua execução reduziu o problema da criminalidade? A resposta negativa se impõe. Portanto, *a prevenção geral negativa passa por uma grave crise empírica!*¹⁵⁸⁴;
- 2) O modelo de sistema penal tem uma concepção falsa da sociedade. Na ideologia manejada pelo sistema penal tem-se a elaboração de um arquétipo maniqueísta e consensual de sociedade em que somente o ato desviado é uma exceção. Isso implica reconhecer que todos estão de acordo e ou desacordo; que há o social ou o associal; ou que há apenas o mal ou o bem. Esse modelo, portanto, ignora o pluralismo existente nas sociedades heterogêneas;
- 3) Irrracionalidade da prisão;
- 4) O sistema penal **estigmatiza**;
- 5) O sistema penal é **seletivo**;
- 6) O sistema penal **marginaliza a vítima**. Ela (a vítima) ocupa, quando muito, lugar secundário no processo penal; parafraseando Christie, o sistema “*rouba o conflito*” das pessoas envolvidas;
- 7) O sistema penal é uma **máquina de produzir dor inutilmente**. Ora, se as normas não cumprem sua função, se a execução da pena não transforma (para “melhor”) o desviante, é correto falar que o sistema produz dor inutilmente; são *penas perdidas*, portanto. Noutros termos: por meio da coação, da dor moral e física na pessoa do condenado, é ela estéril por não transformá-lo, senão destruí-lo, aniquilá-lo, produzir-lhe efeitos irreparáveis¹⁵⁸⁵. E aqui permita-me o leitor abrir uma extensa citação de Roberto Lyra, válida por expressar uma imagem concreta dessa formulação teórica:

Na evolução que me conduziu à posição radical de hoje, precedida de serenas leituras e meditações, de observações e paralelos objetivos, não posso esquecer uma sombra. Fui seu acusador no Júri e, hoje, sou acusado por minha consciência, donde não sai uma interrogação: – “Não está me reconhecendo não?” M. N, jovem sadio e forte, foi submetido a Júri por homicídio. Seu crime: um transbordamento de vigor e brio animais. Anos depois, vi na cozinha da Penitenciária um preso de cara cínica, precocemente envelhecido. Fitei-o, hesitando na identificação. E ele,

1584. Nesse sentido cf. Hassemer, Winfried. Fundamentos... Op. cit., p. 403-412.

1585. Martínez Sánchez, Mauricio. El problema...Op. cit., p. 60.

com um sorriso que nem posso nem devo esquecer, fez-me aquela pergunta. Era a ruína física e moral. O jovem másculo e valente não deixara resto[...] Fora trabalhar na cozinha, amolecendo as mãos com o descascador de batatas. E eu disputara sua condenação a longa pena, afirmando ao Júri que ele iria regenerar-se e aprender a conter-se na prisão¹⁵⁸⁶.

O diagnóstico retratado pelo abolicionismo conduz ao arremate de que todo o sistema penal é irracional e irrazoável, razão pela qual, metaforicamente falando, o sistema penal é um *gigante sobre um solo de barro*¹⁵⁸⁷. A alternativa seria abolir o sistema e deixar florescer uma sociedade que privilegie meios mais simples e menos formais para solução de conflitos. Somente assim as “penas” seriam legítimas. Em um horizonte mais amplo, e aqui considerando a disciplina criminológica, isso remete a um efeito mais drástico: para os abolicionistas **a Criminologia não pode ser a ciência dos conflitos, mas sim a ciência do estudo e abolição das respostas penais a eles**¹⁵⁸⁸. A proposta de Hulsman, portanto, é a proposta de humanização da política-criminal¹⁵⁸⁹.

2.1. A imprescindibilidade do Direito Penal (?)

Para responder sobre a imprescindibilidade do sistema penal, necessário inverter a ordem de indagação do abolicionismo, ou seja, por que não abolir o sistema penal? Tem futuro o direito penal? E a resposta só pode ser afirmativa: não podemos prescindir do direito penal.

Bustos Ramírez faz uma crítica interessante: segundo o autor, o abolicionismo parte de uma concepção restritiva de Estado, haja vista que exclui dele a sociedade civil, de modo que (o abolicionismo) representaria apenas uma mudança de etiquetas, pois também na sociedade civil se reproduzem formas de poder e violência.

Não se pode negar, entretanto, que os argumentos de Hulsman estão impregnados de boas intenções, mas não é possível ignorar que a sua proposta rivaliza com a irrealidade. O próprio Mathiesen, emoldurado por alguns como abolicionista, reconhece a impossibilidade de abolir por completo o sistema penal. Segundo ele, “Temos que admitir talvez a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos permaneça [...]”¹⁵⁹⁰. Por conseguinte, a pena é, ainda, uma inegável necessidade. Isso não significa que o padrão atual de Direito Penal seja o melhor, senão, apenas, em algumas hipóteses, necessário. E, nesse sentido, a denúncia sobre a ausência de efetividade

1586. Lyra, Roberto. Direito penal normativo... Op. cit., p. 200. Para o leitor que tiver interesse, o trecho transcrito corresponde a um artigo intitulado *Penitência de um penitenciário*.

1587. Thomas Mathiesen.

1588. Martínez Sánchez, Mauricio. El problema...Op. cit., p. 53.

1589. Zaffaroni chama de “realismo penal verde”, pois o abolicionismo tem o humanismo dos movimentos ecologistas em sua versão político-criminal.

1590. Mathiesen, Thomas. Conversações... Op. cit., p. 277.

das penas, escancarada pelo abolicionismo, talvez possa contribuir para a difusão de outros instrumentos jurídicos alternativos à pena privativa de liberdade.

A perspectiva abolicionista não disfarça – e nem este é seu objetivo – a possibilidade de que uma proposta nesses termos conduza à desestabilização da sociedade e, por consequência, à instalação de uma justiça arbitrária e insegura, afinal, não haveria limites à intervenção punitiva¹⁵⁹¹. Nas palavras de Muñoz Conde, é presumível que a renúncia ao Direito Penal, nas atuais circunstâncias, nenhum avanço suponha na ordem da concepção de uma maior liberdade, mas, ao contrário, substituí-lo por algo pior que ele. Mudam-se as palavras, mas não a realidade.¹⁵⁹²

Essa exposição alinha-se à justificação de um Direito Penal necessário, ou seja, considerando-o uma **amarga necessidade em uma sociedade de seres imperfeitos**¹⁵⁹³, porquanto, a abolição de todo o sistema penal significaria, em últimos termos, **a passagem da violência do controle para o descontrole da violência**: porque não somos anjos, não é possível concordar com o argumento de que a solução para o sistema penal é a sua integral abolição. Isso não quer dizer – por outro lado – que a pena deve ser banalizada, absolutamente. A historiografia da humanidade comprovou o destino a que se pode chegar com o uso irracional da pena de prisão, bem como as consequências da ausência de controle. Tudo, então, gira em torno da questão de racionalizar o exercício do poder punitivo. Isso se faz – e aqui não há qualquer novidade, pois em grande parte está presente em nossa legislação – com medidas penais, processuais e penitenciárias: reduzir de tipos penais; maximizar utilização dos mecanismos alternativos à prisão; recorrer a cautelares diversas da prisão; integrar a vítima no processo de solução do conflito; privilegiar mecanismos de humanização da execução da pena como a desobrigação da pena em razão do estudo ou trabalho; maximizar as possibilidades de progressão de regime.

3. O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

Não é novidade alguma haver crescente simpatia por ordens normativas que impliquem rebaixamento do nível de liberdades e direitos dos cidadãos. Os estudos criminológicos, mas também os penais, vêm denunciando certo protagonismo do punitivismo; esse, naturalmente, fruto (da manobra) da opinião pública enquanto agente da política criminal¹⁵⁹⁴. Não por outra razão, a investigação sobre a opinião pública em relação ao sistema penal converteu-se em um dos temas atuais da cri-

1591. Cf. Larrauri, Elena. *Criminologia...* Op. cit., p. 11.

1592. Muñoz Conde, Francisco. *Direito Penal e controle social*; trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26-27.

1593. Frase de Hans Schultz referindo-se ao projeto alternativo alemão de código penal (1966).

1594. Cf. Viana, Eduardo. *Novo Código Penal espanhol: populismo punitivo ou segurança cidadã?* In: *Boletim IBCCrim*, n. 276, 2015, p. 9-11.

minologia do século XXI¹⁵⁹⁵. Isso revela muito claramente porque as políticas criminais nos países ocidentais carregam atributos como *cultura do controle* ou *populismo punitivo*.

O **movimento de Lei e Ordem** (*Law and Order*) pugna pelo incremento das respostas formais do Estado. No fim do século XX, mais precisamente a partir do ano 1993, surgiu na cidade americana de Nova York um movimento cuja base situa-se na proposta de drástica intervenção do Estado por meio do Direito Penal, compreendendo-o como único instrumento capaz de conter o crescimento da criminalidade. Refiro-me à *política da tolerância zero*.

Essa política nasce com o livro **Losing Ground: American Social Policy**, de Charles Murray. Nele, o autor difunde a ideia de que o problema da pobreza estava umbilicalmente ligado às complacentes políticas sociais de ajuda aos “marginalizados”. Para ele, este modelo de política “recompensa a inatividade e induz à degenerescência moral das classes populares, sobretudo estas uniões ‘ilegítimas’ que são a causa última de todos os males das sociedades modernas – entre os quais a ‘violência urbana’”.¹⁵⁹⁶ Ora, se a violência está adstrita à pobreza, então uma política de limpeza humana reduziria drasticamente a criminalidade.

Com base nesse ideal eminentemente seletivo, o prefeito de Nova York, à época, Rudolph Giuliani, empreende a política da **tolerância zero**, transformando aquela cidade em um “modelo” mundial de controle da criminalidade. A partir daí, todo o mundo, a começar pela Europa, notadamente Inglaterra, inclina-se ao modelo tolerância zero de combate à criminalidade.

O grande difusor deste modelo e verdadeiro responsável pelo sucesso da política da tolerância zero foi William Bratton. A ele se atribui este “mérito”, porquanto, ao ser nomeado chefe da polícia municipal de Nova York, empreendeu sua reordenação adotando políticas drásticas, entre elas:

[...] aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro **com obrigação quantitativa de resultados**, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, **desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros “comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto [...]”**¹⁵⁹⁷. (negritamos)

1595. Verona Gómez, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España. In: Indret 1/2009, p. 4.

1596. Wacquant, Loïc. As prisões da miséria; trad. André. Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 22.

1597. Wacquant, Loïc. As prisões...Op. cit., p. 26.

Em síntese, os problemas derivados da criminalidade devem ser combatidos com a expansão do Direito Penal e Processual Penal, seja no endurecimento das sanções existentes, seja pela criação de novos tipos penais, seja pela redução de garantias processuais. Segundo Araújo Jr.¹⁵⁹⁸, as características marcantes desse movimento são:

- a) a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com a que hoje se designa por *retribuição jurídica*;
- b) os chamados crimes atrozos devem ser castigados com penas severas e duradouras (morte e longa privação de liberdade);
- c) *as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos sejam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados*;
- d) a prisão provisória tenha seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime;
- e) *haja diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que deverá ficar a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.*

3.1. Críticas

A primeira crítica ao movimento de lei e ordem é a expansão irracional¹⁵⁹⁹ do Direito Penal. Quando não se ocupa do conceito de bem jurídico e tutela-se condutas que seriam toleradas ou que causariam lesões insignificantes (infrações de contraordenação¹⁶⁰⁰) ao bem protegido pela norma, o Direito Penal perde seu referencial de legitimação material.

A consequência desta **hipertrofia penal** repercute, sem dúvida, sobre a legislação penal e processual, especialmente no que toca às técnicas de tipificação, bem assim na adoção de um modelo de Direito Penal altamente prevencionista. Exemplificadamente:

- 1) **Crise do princípio da legalidade:** previsão de tipos penais de conteúdo vago e indeterminado;
- 2) **Defeitos de técnica legislativa:** o legislador, cuja tarefa é *positivação de tipos penais certos*, deve empregar a melhor técnica no momento de elaborar as

1598. Araújo Junior, João Marcelo de. Sistema Penal para o Terceiro Milênio: (atos do colóquio Marc Ancel). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.72 (sem itálico no original).

1599. Cf. Gracia Martin, Luis. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 45.

1600. Veja-se, ainda, a análise pormenorizada Dias, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 165-184.

figuras típicas. O que não ocorre com as legislações emergenciais, haja vista a maneira instantânea com que são elaboradas;

- 3) **Bagatelização** do Direito Penal (*crise do princípio da fragmentariedade*): o uso desmedido do direito penal tornará comum, em toda legislação, a criação de um tipo penal a ponto de a impontualidade administrativa, por exemplo, poder ser objeto de incidência do direito penal;
- 4) **Violação ao princípio da proporcionalidade das penas;**
- 5) **Descrédito do Direito Penal;**
- 6) **Inexistência de limites punitivos;**
- 7) **Abuso de leis penais promocionais e simbólicas;**
- 8) **Flexibilização das regras de imputação;**
- 9) **Aumento significativo nos delitos de omissão.**

Salvo melhor juízo, parece evidente que recorrer à legislação emergencial e meramente simbólica não é a melhor solução e a historiografia penal é atestado disso. Sabe-se que a **ortopedia penal** não é o caminho adequado para o combate à criminalidade, ampliar e intensificar esta forma de controle social formal – basicamente nas esferas da criminalidade tradicional – apenas incrementa o modelo eficaz de seletividade e estigmatização.

QUADRO SINÓTICO

CAPÍTULO XIV – (DES)LEGITIMAÇÃO			
INSTITUTO	CONTEÚDO		ITEM
Abolicionismo	Segundo os abolicionistas, o dano causado pelo sistema penal é mais nocivo que o próprio crime. Assim, o desaparecimento do sistema punitivo abrirá os caminhos para uma nova justiça, pois todo o sistema penal vigente é estigmatizante e seletivo.		2
	Razões Para Abolir o Sistema Punitivo	O sistema penal é anômico, ou seja, alheio aos valores sociais. A prisão é irracional. O sistema penal estigmatiza. O sistema penal seleciona. O sistema penal marginaliza a vítima. O sistema penal produz delinquentes.	
Movimento Lei e Ordem	Tal movimento vela pelo incremento da resposta penal. Os teóricos defendiam que as políticas sociais fomentavam a criminalidade. Para eles, esse sistema de ajuda aos pobres incentivava a inatividade e induzia à degeneração moral, que, por consequência, geraria a violência urbana. Diante disso, para combater a criminalidade há necessidade de expandir o Direito Penal.		3

CAPÍTULO XIV – (DES)LEGITIMAÇÃO			
INSTITUTO	CONTEÚDO		ITEM
Movimento Lei e Ordem	Características	<p>A pena se justifica como castigo e retribuição.</p> <p>Os crimes atrozes devem ser castigados com penas severas e duradouras.</p> <p>As penas privativas de liberdade devem ser cumpridas com mais rigor.</p> <p>A prisão provisória deve ter seu espectro ampliado.</p> <p>Diminuição dos juízes e autoridades sobre a execução da pena, a qual deve ser executada pelas autoridades penitenciárias.</p>	3
	Críticas	<p>A primeira observação a ser feita é a expansão irracional do Direito Penal, que teve como consequência: crise do princípio da legalidade; defeitos de técnica legislativa; bagatelização do Direito Penal; violação do princípio da proporcionalidade das penas; descrédito do Direito Penal; inexistência de limites punitivos; abuso de leis penais promocionais e simbólicas; flexibilização das regras de imputação; aumento excessivo dos crimes omissivos.</p>	