



**LUÍS RENATO DE ALENCAR CÉSAR ZUBCOV**

**O PARADIGMA CARCERÁRIO: ATÉ QUANDO?**

Brasília – DF  
Fevereiro / 2014

**LUÍS RENATO DE ALENCAR CÉSAR ZUBCOV**

**O PARADIGMA CARCERÁRIO: ATÉ QUANDO?**

Monografia apresentada à Pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Bruno Amaral Machado.

Brasília – DF  
Fevereiro / 2014

**LUÍS RENATO DE ALENCAR CÉSAR ZUBCOV**

**O PARADIGMA CARCERÁRIO: ATÉ QUANDO?**

Monografia apresentada à Pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Brasília – DF  
Fevereiro / 2014

À minha esposa Elisa por lembrar-me  
diariamente que estudar Direito é chato  
quando não o fazemos com amor e  
desprendimento.

Aos meus pais, Luiz Carlos e Maria Iolanda,  
pelo amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Criador por ter me concedido paz e serenidade ao longo desse trabalho, ensinando-me, através de São Francisco, que é mais importante “compreender do que ser compreendido”; ao meu orientador, Bruno Amaral Machado, por acreditar, ensinar e me formar, sendo retribuído apenas através dessas poucas palavras de gratidão; ao meu padrinho, Matheus Brandão, por me conceder o acervo bibliográfico necessário para esta pesquisa; à minha família, por compreender minhas ausências e ser o local onde sempre encontrarei repouso; ao meu companheiro de luta na advocacia criminal, Leonardo Marinho, pelo estímulo, apoio e, sobretudo, por demonstrar que os antigos valores de honestidade e bondade continuam “na moda”; ao meu amigo e professor José Carlos Porciúncula Neto, pelo exemplo de dedicação e humildade em seu magistério que me inspira a crescer cada vez mais; ao meu amigo, pai e orientador nas horas vagas, Evilásio, por ser o primeiro a me mostrar que devo quebrar os paradigmas que me impedem de enxergar novos caminhos e indivíduos; ao meu irmão e padrinho, Israel, que a cada encontro renova em mim a certeza de que é possível encontrar a unidade na diversidade através do respeito e diálogo.

“As novas ideias são primeiro ignoradas,  
depois violentamente combatidas, depois são  
adotadas como evidentes justamente pelos que  
as combateram.”

Schopenhauer

“As únicas coisas eternas são as nuvens.”

Mario Quintana

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar a permanência do paradigma carcerário no âmbito do sistema penal. Inicialmente, expôs-se a origem do paradigma carcerário juntamente com suas justificativas iniciais. Em seguida, apresentou-se os contrapontos às teorias de justificação da pena (teoria absoluta e teoria relativa), revelando, assim, que as propostas/justificativas do paradigma jamais foram alcançadas. Apesar dessa inconsistência teórica e prática, a realidade é que o uso do paradigma carcerário somente vem se expandindo nas últimas décadas. Por outro lado, cresce em nível exponencial o cometimento de crimes na sociedade. Isso revela o quadro de crise do paradigma dominante, haja vista em que sua aplicação não corresponde com o esperado, qual seja, que sua incidência contribuísse – ainda que minimamente – na redução dos crimes. Revelado esse contexto, apresentou-se as teorias de deslegitimação do paradigma carcerário, propondo que a solução da crise ocorrerá mediante a adoção de um novo paradigma. Em sentido oposto, mostrou-se as teorias de relegitimação da pena, que apostam na possibilidade de solucionar a crise através da correção e ajuste do próprio paradigma. Feito isso, a hipótese que essa pesquisa procura responder é: qual a saída mais provável dessa crise ao se confrontar as teorias de deslegitimação versus as teorias de reslegitimação do paradigma? O paradigma carcerário será substituído por outro paradigma? Ou há maiores indícios de que os ajustes o farão subsistir? A conclusão encontrada é que apesar do enorme esforço de seus adeptos em tentar manter o paradigma em pé, não o conseguirão por muito tempo, haja vista a maneira extremamente simplista em que enxerga a realidade. Isso o torna incompatível com a complexidade dos fatos que envolvem as situações problemáticas, por isso que jamais conseguirá superar a crise. Dessa forma, na medida em que novas iniciativas de solução de conflitos surgem e ganham território, agrava-se a crise do paradigma dominante, enfraquecendo-o. Por conseguinte, sua substituição ocorrerá tão logo que um paradigma rival consiga solucionar os problemas que até então parecem irresolúveis.

**Palavras chave:** paradigma. Crise. Pena privativa de liberdade. Teoria da pena. Abolicionismo e garantismo. Métodos de solução de conflitos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....</b>	<b>12</b>
1.1. A teoria absoluta.....	14
1.2. Críticas à teoria absoluta.....	17
1.3. Teorias relativas .....	21
1.4. Críticas às Teorias relativas .....	24
<b>2. A PENA DE PRISÃO COMO PARADIGMA .....</b>	<b>29</b>
<b>3. A CRISE DO PARADIGMA CARCERÁRIO.....</b>	<b>33</b>
3.1. A teoria de deslegitimação segundo Louk Hulsman .....	33
3.2. A teoria de deslegitimação e relegitimação segundo Luigi Ferrajoli.....	36
3.3. A teoria de deslegitimação segundo Eugenio Raúl Zaffaroni .....	39
<b>4. A RELEGITIMAÇÃO DO PARADIGMA CARCERÁRIO.....</b>	<b>42</b>
4.1. A abordagem de relegitimação sistêmica .....	42
<b>5. O PARADIGMA CARCERÁRIO: ATÉ QUANDO? .....</b>	<b>49</b>
5.1. Apontamentos acerca das medidas alternativas.....	52
5.2. A relegitimação sistêmica .....	54
5.3. A chegada da punição pós-moderna segundo John Pratt.....	59
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>



## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa questiona a perenidade do paradigma carcerário. Para tal desiderato, busca compreender primeiramente as justificativas do paradigma carcerário e, posteriormente, a crise em que se encontra. Apresenta, por um lado, as teorias de justificação da pena, e por outro, as teorias de deslegitimação. Ao final, ambas serão confrontadas para verificar a hipótese desta pesquisa: a crise do paradigma aponta para sua substituição ou ajuste e permanência?

Dito isso, no primeiro capítulo demonstrar-se-á que a pena privativa de liberdade pode ser dosada em períodos de tempo e medidas segundo a gravidade do crime, permitindo que sejam vistas como científicas e lógicas. Essa pena foi concebida como proporcional ao delito cometido, tornando a pena uma resposta mais racional e suportável. Assim, a pena privativa de liberdade é a medida hodiernamente mais utilizada pelo sistema penal. O Brasil, no ranking mundial, posiciona-se hoje com a quarta maior população carcerário do mundo. Todavia, tal expansão não corresponde com a redução dos crimes na sociedade, pelo contrário, o cenário de violência tem se expandindo nos últimos tempos.

Assim, consoante os fundamentos da teoria absoluta – que será exposta no primeiro capítulo – a pena é considerada um fim em si mesmo. Sua aplicação é justificada pela simples verificação de um delito, devendo a punição ser aplicada categoricamente. A contribuição dessa teoria é impedir que o homem seja tratado como meio ou instrumento a serviço de um fim social. De forma sucinta, rejeita a pretensão de atribuir fins utilitários à pena. É resumida na máxima: “olho por olho, dente por dente”. A pena, segundo a teoria absoluta, possui naturalmente um viés retributivo, eis que é cominada através da imposição de um mal.

Todavia, essa teoria de justificação da pena é incapaz de justificar a aplicação de medidas punitivas, conforme as explicações expendidas no subtópico 1.2. Em contraponto aos seus fundamentos, demonstrar-se-á que, na verdade, não apresenta finalidade alguma para a punição, pois se a pena carece de utilidade, carecerá de todo sentido, ainda que eventualmente justa (proporcional). Apenas mediante um ato de fé que se pode conceber a pena como reafirmação da ordem natural (ideia sustentada por Kant). Retribuir como método de expiar ou compensar um mal com outro mal não é lógico, tampouco científico. Evitar a

imposição de um mal deveria ser a principal meta do sistema de justiça. O Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos.

Diferentemente, as teorias relativas de base utilitárias concebem a pena enquanto meio para determinados fins (prevenção geral e especial), entretanto, também, será demonstrada sua insustentabilidade, visto que inexistem provas empíricas de que a norma penal seja eficaz para desestimular ou prevenir comportamentos delituosos. Somado a isso, os fins visados não estabelecem limites para a intervenção penal. Os objetivos propostos são anulados diante de um delinquente que não necessite mais de reeducação ou inocuização. Ainda, destaca-se a seguinte crítica: não se pode afirmar que punição visa impedir outros delitos, eis que é impossível prever a periculosidade futura do delinquente ou as chances dele voltar a delinquir.

No segundo capítulo, explicar-se-á que o paradigma carcerário se comporta tal como uma crise de paradigmas nos termos delineados por Kuhn, de acordo com sua teoria que explica a estrutura das revoluções científicas. Sobre o assunto, cumpre esclarecer que se considera como o paradigma carcerário a aplicação da pena privativa de liberdade, quer seja de forma preventiva, quer como pena em razão de sentença condenatória. É vista como um paradigma, sobretudo, pois explica/justifica a forma que enxergamos a realidade. Molda a forma como definimos os problemas, bem como a concepção do que é considerada uma solução adequada. Ou seja, é uma lente através da qual compreendemos os fenômenos. Mas como todo paradigma, as percepções que fogem a ele parecem absurdo.

Nesse caminho, no capítulo terceiro será demonstrada a falência do paradigma carcerário consoante à teoria de deslegitimação abolicionista de Louk Hulsman. Sua proposta dirige-se para a substituição integral do sistema penal (juntamente com a pena institucionalmente estabelecida) por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos, considerando que estes são capazes de atender as necessidades reais das pessoas envolvidas.

Hulsman propõe uma nova linguagem que suprima as categorias de “crime” e “criminalidade” que, como categorias, são “reificadas” no pensamento ocidental, por escamotearem, na realidade, uma variedade imensa de conflitos que, obviamente, não desaparecerão como a supressão do sistema penal. Estes conflitos, no entanto, ao serem redefinidos como “situações problemáticas” podem encontrar soluções efetivas, ou seja, entre as partes envolvidas, em um “cara a cara” similar a modelos de solução de conflitos (compensatório, terapêutico, educativo, assistencial, etc.) que, diferentes do

modelo punitivo, têm a vantagem de não serem, ao contrário deste modelo – cuja aplicação exclui, automaticamente, os restantes – necessariamente alternativos.<sup>1</sup>

Na continuidade, é apresentado o sistema garantista formulado por Luigi Ferrajoli. Seu sistema também é de base utilitária (tal como a teoria relativa), mas num viés reformado. Busca essencialmente tutelar a liberdade do indivíduo em razão das diversas formas arbitrárias de poder. Por isso, não nega a crise do paradigma carcerário, pelo contrário, revela os inúmeros prejuízos decorrentes da aplicação deste modelo. Afirma explicitamente que o cárcere deve ser extinto da sociedade.

Nas ideias de Eugênio Raul Zaffaroni, por sua vez, é possível depreender seu apelo por um direito penal mínimo (tal qual defende Ferrajoli), porém não como meta insuperável, mas como passo ou trânsito para o abolicionismo.

Analisadas as linhas mestres desses pensadores, apresentar-se-á no quarto capítulo as teorias sistêmicas que buscam relegitimar o poder punitivo, na tentativa de manter a vigência do paradigma carcerário. Segundo a teoria sistêmica, a pena representa uma necessidade funcional sistêmica de estabilização de expectativas sociais. Desempenha, assim, a função preventiva ao proteger as interações sociais. O foco dessa abordagem é identificar, classificar, administrar e gerenciar o risco. Por palavras diversas, administrar grupos de acordo com sua periculosidade. Não está preocupada com o conceito de culpabilidade, diagnóstico ou responsabilidade, tampouco com as altas taxas de reincidência. A atenção é direcionada ao gerenciamento do crime e não à transformação dos infratores. Admite o uso da prisão por tempo indeterminado quando o delinquente for classificado de “alto risco”. O cárcere desempenha a função de proteção social.

Entretanto, revelar-se-á com bastante riqueza no último capítulo a insubsistência dessa teoria, haja vista que se coaduna com modelos de direito penal máximo, ao colocar à margem os direitos e garantias fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico.

Após a colheita das informações necessárias, a hipótese verificada nesse trabalho será no sentido de que o paradigma carcerário será substituído. As tentativas de ajuste ao paradigma são incapazes de fornecer uma mudança significativa, não conseguindo solucionar a crise. O paradigma carcerário está falido em razão da total ausência de justificação racional,

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.99.

dogmática e prática. Com efeito, apenas mediante a adoção de um novo paradigma a crise poderá ser solucionada. Todavia, seria bastante presunçoso afirmar quando isso ocorrerá. De toda forma, consoante as informações colhidas, sucederá com o advento de novo paradigma capaz de solucionar a crise dos conflitos e da violência. Violência essa que é ao mesmo tempo objeto de proteção e produto do sistema de justiça penal. Derradeiramente, mesmo após o fechamento desta pesquisa, ainda há muito para descobrir, conhecer e questionar.

## 1. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade busca afastar o delinquente do convívio social através da sua segregação. A prisão, segundo o conceito de Juarez Cirino dos Santos, parafraseando Michael Foucault, bem como, Evegny Pasokanis, é considerada:

O aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade, em que o *tempo* exprime a relação crime/punição: o *tempo* é o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de *retribuição equivalente* do crime no Direito. Portanto, esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho *jurídico econômico*, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho *técnico disciplinar*, programado para realizar a transformação individual do condenado.<sup>2</sup>

Do mesmo modo, destaca Howard Zehr que a parte “atraente” da privação de liberdade é que ela permite graduar o tempo da pena segundo a gravidade da ofensa. O mencionado professor avalia que “as prisões constituíram uma forma de dosar a punição em unidades de tempo, oferecendo uma certa aparência de racionalidade e mesmo de ciência à aplicação da dor”<sup>3</sup>.

Atualmente, a pena privativa de liberdade é a principal medida de resposta ao crime. Na verdade, tornou-se uma forma quase exclusiva de controle social da criminalidade. O Brasil, de acordo com dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça, tem hoje a quarta maior população carcerária do mundo e está atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia<sup>4</sup>. São cerca de 550 mil pessoas presas no Brasil, sendo que o sistema prisional brasileiro foi projetado para abrigar um pouco mais de 300 mil detentos.<sup>5</sup> Em relação ao número de internações de adolescentes, aumentou de 19,8 mil em 2011 para 27 mil em 2012<sup>6</sup>.

Sobre a utilização da pena privativa de liberdade, pontua Adel el Tasse:

<sup>2</sup> PASUKAINS. *A teoria geral do delito e marxismo*. Perspectiva Jurídica, Lisboa, 1972, p. 163. FOUCAULT. *Vigiar e Punir*. Vozes, 1977, p. 207 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 39.

<sup>3</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 114.

<sup>4</sup> *Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo*. Disponível em: <

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/COM-A-PALAVRA/439520-BRASIL-TEM-4-MAIOR-POPULACAO-CARCERARIA-DO-MUNDO.-CONFIRA-ENTREVISTA-COM-O-JUIZ-LOSEKANN.html>> Acesso em 27 dez 2013.

<sup>5</sup> *Sistema Prisional - InfoPen – Estatística*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em 27 dez 2013.

<sup>6</sup> *Pena mais rígida para adolescente não reduzirá criminalidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-06/penas-rigidas-adolescentes-infratores-nao-reduzirao-criminalidade>>. Acesso em 27 dez 2013.

As legislações modernas têm oferecido destaque à utilização dessa modalidade punitiva. Na grande maioria dos países, adota-se a privação da liberdade mediante apenamento temporário para tão somente em excepcionais comunidades do globo ser admitida a aplicação da pena perpétua, observando-se que, até mesmo em tais localidades, encontra-se em franco processo de descrédito e de questionamento a utilização do aprisionamento ao longo de toda a vida do condenado.<sup>7</sup>

Demonstrado esse breve contexto fático, cumpre analisar, ainda que sucintamente, a origem, estrutura e justificativas da pena de prisão antes de questioná-la ou criticá-la. Somente assim, após essa compreensão inicial, será possível verificar a (i)legitimidade dessa medida e questionar sua perenidade.

Inicialmente, a origem histórica da pena privativa de liberdade, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto à humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens.<sup>8</sup> De toda sorte, é possível afirmar que a privação da liberdade enquanto punição propriamente dita surgiu em meados do século XVI já na Idade Moderna. Antes desse período, tanto na Idade média quanto na Idade Antiga, a privação da liberdade era utilizada para resguardar o acusado enquanto esperava seu julgamento.

Até os fins do século XVI a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. Muitos, inclusive, já morriam com a própria tortura. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física.<sup>9</sup>

Com efeito, alguns fatores foram cruciais para o nascimento do cárcere enquanto pena propriamente dita, dentre os quais, cita-se o surgimento das casas de trabalho na França, quando o país estava em meio às guerras religiosas. Neste período, em razão das batalhas, houve um aumento significativo da miséria e pobreza, e, conseqüentemente, o número de saqueadores se alastrou. Logo, buscou-se com o surgimento da privação da liberdade utilizar a mão-de-obra do recluso, bem como, servir de prevenção e desestímulo a outros para a vadiagem e ociosidade.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> EL TASSE, Adel. *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 101.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 29.

Os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, mas com o fim de evitar que se desperdice a mão-de-obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital.

Somado a isso, é certo que a eficácia da pena capital – amplamente utilizada até o século XVI – começou a ser questionada, sendo esse um dos motivos para o surgimento da pena de prisão. Todavia não se deve aplicar uma perspectiva unilateral para explicar a transformação da prisão custódia em prisão pena, haja vista que um amplo leque de movimentações ocorreu nessa época – desde a exigência de defesa social até o mito da recuperação e reeducação do delinquente –, para que apenas no século XIX a pena de prisão converte-se na principal das penas, substituindo progressivamente as demais.

Cabe indagar o antigo e atual sentido da pena privativa de liberdade e quais seriam suas finalidades ou justificativas. As teorias explicativas do paradigma retributivo (da pena) são: (i) teoria absoluta (pune-se porque pecou); (ii) teoria relativa (pune-se para que não peque mais); (iii) e a teoria mista (pune-se porque pecou e para que não peque mais).

Nos apontamentos de Luigi Ferrajoli:

A diferença entre justificações absolutas ou retributivistas e justificações relativas ou utilitaristas encontra-se expressa de forma límpida em um conhecido trecho de Sêneca: as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito ao passado; aquelas do segundo, ao contrário, são *ne peccetur*, ou seja, referem-se ao futuro. Enquanto para as primeiras a legitimidade externa da pena é apriorística, no sentido de que não é condicionada por finalidades extra-punitivas, para as segundas diferentemente, referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o “quando” da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o “como”.<sup>11</sup>

Será detalhado a seguir o fundamento das teorias suso mencionadas, bem como, as críticas direcionadas a elas.

### **1. 1. A teoria absoluta**

Nos lindes da teoria absoluta, a pena é considerada como um fim em si mesmo. Justifica-se sua aplicação simplesmente pela verificação de um fato criminoso, cuja punição se impõe categoricamente. Nesse sentido, a pena é tão somente compensação, seja como

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 236.

retribuição ou como reparação. Os defensores dessa linha de raciocínio são Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (grande admirador de Kant).

São chamadas teorias absolutas as que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores. Tais são sustentadas por KANT e HEGEL (...). Na atualidade tais teorias não possuem adeptos.<sup>12</sup>

Consoante os pensamentos de Kant, nas palavras de Paulo Queiroz:

Para Kant a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um “imperativo categórico”, isto é, de um imperativo moral incondicional independente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois ‘as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias.<sup>13</sup>

Dessa forma, impende destacar que a justificativa de Kant com essa teoria é rejeitar toda pretensão de conferir fins utilitários ou de conveniência para a pena. Ou seja, o jus-filósofo pretende que o homem jamais seja tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser. Repudia-se a instrumentalização do homem, em favor de razões de utilidade social.

A função principal que a teoria retributiva busca assegurar ao Direito Penal é traçar um limite à prevenção, como garantia do cidadão. Não se pode castigar além da gravidade do delito cometido, ainda que por finalidade preventiva, haja vista que a dignidade humana impede que o indivíduo seja usado como instrumento.<sup>14</sup>

Para essa teoria, o paradigma da verdadeira justiça seria a lei de talião, traduzida no “olho por olho, dente por dente”. Nesse diapasão, a teoria absoluta é essencialmente retributiva. Juarez Cirino dos Santos assinala que:

A literatura penal possui várias explicações para a sobrevivência histórica da função *retributiva* da pena criminal. Primeiro, a psicologia popular, evidentemente regida pelo talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa no *olho por olho, dente por dente* constitui mecanismo comum dos seres *zoológicos* e, por isso, atitude generalizada do homem, esse *zoon politikon*. Segundo, a tradição religiosa judaico-cristã ocidental apresenta uma imagem retributivo-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica *retributiva* da psicologia popular - portanto, de origem mais social do que biológica. Terceiro, a filosofia idealista ocidental é

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Volume 1*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

<sup>13</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 20.



retributiva: KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados. HEGEL (1770-1831) define crime como *negação do direito* e pena como *negação da negação* e, portanto, como *reafirmção* do direito — uma antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de JAKOBS, da pena como *afirmação da validade da norma* —, considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da *coação psicológica* de FEUERBACH (1775-1833), porque não tratava o homem como ser "*dotado de honra e liberdade*", mas como um cão ameaçado com um bastão. Quarto, o discurso *retributivo* se baseia na lei penal, que consagra o princípio da retribuição: o legislador determina ao juiz aplicar a pena conforme *necessário e suficiente* para *reprovação do crime* (art. 59, CP) – e, por essa via, o discurso retributivo também alcança a jurisprudência criminal, para a qual a pena criminal é, por natureza, *retribuição* através da imposição de um mal.<sup>15</sup>

A teoria absoluta (*quia peccatum*) é, em certo aspecto, dividida em dois subgrupos tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. Em Kant, a retribuição possui uma feição ética, enquanto para Hegel a retribuição possui um viés jurídico. Assim, nas palavras de Luigi Ferrajoli:

Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam de origem Kantiana segundo a qual a pena é uma *retribuição ética*, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada culpado e do castigo que consequentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabelece o ordenamento legal violado. Na realidade, como melhor veremos, as duas teses são apenas aparentemente distintas, pelo menos no que tange a Hegel, vez que, concebendo o Estado enquanto “espírito ético” ou “substância ética”, ou, ainda, simplesmente *ethos*, também a ideia de retribuição “jurídica”, baseia-se em última análise, a bem da verdade, no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado, para não dizer no imperativo penal individualmente considerado.

Por fim, o mérito da teoria absoluta consiste em assegurar um limite à prevenção, como garantia do cidadão. A pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal”. Deve ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação. Por outras palavras, não se pode castigar além da gravidade do delito cometido, ainda que por finalidade preventiva, haja vista

<sup>15</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 3-5;

que a dignidade humana impede que o indivíduo seja usado como instrumento. Portanto, “um limite de garantia para o cidadão”<sup>16</sup>.

## 1. 2. Críticas à teoria absoluta

Em que pese a notável contribuição concedida por estes teóricos, atualmente é insustentável essa justificativa ao direito de punir. Primeiramente, é incompreensível estabelecer uma pena sem finalidade alguma. Se a pena carece totalmente de utilidade, carecerá de todo sentido, muito embora eventualmente justa. Dessa forma, inúmeras são as críticas delineadas pelos autores acerca da teoria absoluta.

Nesse primeiro aspecto, cumpre frisar que:

Não se pode dissociar os fins do Estado de fins do Direito, porque a pena pública nada mais é do que um dos muitos instrumentos de que se pode valer o Estado para cumprir suas funções constitucionais, toda intervenção jurídico-penal somente se legitima se resultar absolutamente necessária para preservação de bens jurídicos fundamentais – isto é, preservar as condições essenciais da vida em comunidade – e só na medida em que esta cominação ou imposição da pena não seja, de fato, substituível por outros instrumentos de prevenção ou controle social, mais adequados e socialmente onerosos.<sup>17</sup>

Luigi Ferraoji, que reformulou a teoria absoluta através da teoria do garantismo penal, pontua que:

As versões da doutrina retributiva da pena são insustentáveis. Na base de ambas, como observou MORRIS GINSEBERG, existe uma obscura mais radicada crença na existência de um certo nexos necessário entre culpa e punição. Com efeito, trata-se da sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza, vale dizer, a ideia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo direito. (...) em todos os casos essa distinção primordial a justiça penal é filosoficamente absurda. Assim sendo, continua insuperada a óbvia objeção extraída de Platão de que “o que foi feito não pode ser desfeito” (...). E, aliás, é exatamente na irreparabilidade que distingue os ilícitos penais daqueles civis, considerando que a pena, diferentemente da reparação de danos, não é uma “retribuição”, nem uma “reparação”, nem uma “reintegração”, senão no sentido mágico ou metafísico supra-ilustrado. Somente a dialética hegeliana, com a sua definição da pena enquanto negação (do direito e portanto) da negação (do direito), poderia conseguir dar veste teórica a uma tal

<sup>16</sup> Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1982, p. 63 *apud* QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 24.

<sup>17</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 29.

superstição consentindo de conceber como “lógica” a circunstância de um fato poder negar um outro fato.<sup>18</sup>

Nesse descortino, sublinha Juarez Cirino dos Santos:

A crítica jurídica do discurso retributivo da pena criminal, produzida por adeptos da prevenção especial e geral, tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da retribuição penal: retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença — e, nessa medida, constituir um ato de fé—, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo - e não em nome de Deus - e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos.<sup>19</sup>

Deste modo, podemos dizer que trocou-se a questão do “porquê punir?”, atinente à legitimidade externa da pena, com a questão do “como punir?”, que, ao contrário, diz respeito à legitimação interna, admitindo, assim, como resposta, precisamente o princípio retributivo, isto é, a primeira garantia do direito penal em razão da qual a condução necessária da pena é antes de mais nada, o cometimento de um delito.<sup>20</sup>

Afirmar que a pena é justificada tão somente em razão da existência de um crime ou de uma ação danosa, absolutamente não equivale a dizer por que é justificado, necessário, ou oportuno punir. A aplicação do poder coercitivo não pode ser autojustificante. Naturalmente, esse equívoco não é admitido pelas doutrinas retributivas, visto que estas se satisfazem com a ideia de que a pena, enquanto retribuição, possui um valor por si mesma. Todavia, tais doutrinas somente:

podem ser explicadas enquanto fruto, relativamente consciente, de uma total confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação interna e justificação externa.

A argumentação justificativa possui o caráter circular de uma petição de princípio. Tal afirmação vem confirmada pelo fato de que as doutrinas retributivistas não conseguem fornecer uma resposta (e nem mesmo a formulam) à pergunta “porque proibir?”, que constitui pressuposto lógico daquela do “porquê punir?”. Com efeito, tanto para as doutrinas da retribuição moral como para aquelas da retribuição jurídica, as proibições penais, ladeadas pelas penas, possuem fundamento em si próprias, vale dizer, no desvalor ético ou quando menos metajurídico conferido por aquelas

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 237-238.

<sup>19</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 5.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 239.

ao delito em si (*prohibitum quia peccatum*) e por estas à violação do dever geral e meta legal de obediência às leis (*peccatum quia prohibitum*).<sup>21</sup>

Essas doutrinas, certamente, permitem justificar modelos de direito penal máximo, posto que são solidárias com a existência de uma verdade jurídica inquestionável. Não explica o porquê se deve impor uma pena a alguém. Ao já se pressupor necessária a intervenção jurídico-penal, a teoria retributiva da pena supõe justas as normas jurídicas. Legitima-se, sejam quais forem as razões que as ditaram, seja qual for o regime em que foram ditadas – democrático ou totalitário. Conceber a pena como uma “retribuição intrinsecamente justa” é conceder, de certo modo, um cheque em branco em favor do arbítrio do legislador”<sup>22</sup>.

Outrossim, a teoria absoluta não consegue ofertar uma réplica às doutrinas abolicionistas, eis que se o único objetivo da pena é retribuir o mal com o mal. Não justifica os sofrimentos impostos pela pena.

A ideia de retribuição pressupõe a necessidade mesma da pena, pois fundamenta algo que já é dado, previamente, como existente e válido. Não responde à indagação sobre quais pressupostos que devem orientar a punição de uma certa conduta, nada diz sobre qual seja ser seu conteúdo, e nada refere sobre a melhor tática de enfrentá-las, supondo simplesmente como imperiosa e inevitável. Logo, tal teoria de modo algum explica porque se deva impor a pena a alguém, ao invés de, por exemplo, perdoá-lo ou simplesmente censurá-lo ou porque não se optar por um outro instrumento de controle social que não a pena. Numa palavra, a realização da justiça pode dar-se por um sem-número de possibilidades (reparatória, conciliatória, terapêutica, etc.), sendo a punição apenas uma dessas possibilidades. Nada diz, enfim, sobre a necessidade, oportunidade, conveniência, adequação etc.<sup>23</sup>

Urich Klug, da mesma forma, analisou criticamente os pensamentos sustentados por Kant e Hegel. Primeiramente, conforme já destacado, o sentido retributivo da pena só foi exposto e não provado. Não se trata de um conhecimento, e sim de simples crença que ninguém está obrigado a aceitar, afirma Klug. Sobre a tese de Hegel, pondera:

Que a violência pode ser abolida pela violência, não é uma conclusão inarredável. Por exemplo, é possível afirmar que a violência pode ser abolida pela não violência. No entanto, o que deve ser uma lesão? A cura de uma lesão seria um fenômeno de sentido. E a negação da negação é nada como construção, além de confusa. O paralelo lógico formal é inaceitável. A eliminação do dano causado pelo delito à ordem pacífica da sociedade

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 238/239.

<sup>22</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29.

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 28.

pressupõe uma ação curativa positiva. A negação da negação, por sua vez, é só uma estrutura verbal e não objetiva.<sup>24</sup>

Se não bastasse, as doutrinas absolutas partem de uma concepção idealista e acrítica de direito ou justiça, uma vez que desconsidera todo conhecimento empírico (criminológico) acerca da realidade dos sistemas penais. Por exemplo, passam ao largo dessa perspectiva as limitações estruturais da intervenção penal, como as “cifras ocultas”. Supõe-se, da mesma forma, um conceito absoluto de delito. Entretanto, sabe-se que “a ideia mesma de crime ou delito ou contravenção é muito relativa, variando no tempo e no espaço os comportamentos assim definidos ou etiquetados”.<sup>25</sup>

Não se toma em consideração o fato, comprovado empiricamente, de que o direito penal é, por excelência, condicionado pela estrutura capitalista que moldura, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os grupos mais vulneráveis e empobrecidos. Demais disso, comete-se toda sorte de injustiças (violação sistemática dos mais elementares direitos humanos) sob seu manto e vigência.<sup>26</sup>

Por fim, cumpre registrar que a finalidade do estado ou do Direito – por consequência, fim da pena – não é realizar justiça, tampouco em termos absolutos.

Função do direito, que é o mesmo que se dizer, função do Estado, é algo bem menos ambicioso: viabilizar a convivência social por meio da ordenação pacífica dos conflitos; como assinala WELZEL, não é função do Estado intervir na realização da justiça independentemente do que seja necessário para sua própria existência como comunidade jurídica, posto que o Estado não castiga para que exista a justiça no mundo, senão para que haja juridicidade na vida da comunidade. E sua justificação depende, logicamente, dos fins que deseja sejam alcançados por meio de sua intervenção. O fundamento e o fim do direito de punir estão, assim, logicamente vinculados.<sup>27</sup>

Deste modo, a justificação da pena apresentada pela teoria absoluta não resiste às críticas suso referidas.

---

<sup>24</sup> KLUG, Ulrich. *Para uma crítica de La filosofia penal de Kant e Hegel* (trad. Enrique Bacigalupo). In Libro homenaje al professor Jimenez de Asúai. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 38. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

<sup>25</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 30.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. J. Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4ª ed. Santiago do Chile: Jurídica do Chile, 1993. p. 283. *apud* QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29.

### 1.3. Teorias relativas

Em oposição à teoria absoluta, as teorias utilitaristas conferem a pena um objetivo claro e explícito, qual seja, a prevenção de futuros delitos. Essa teoria concebe a pena enquanto meio, em vez de um fim ou valor. Tal característica representa o traço comum das doutrinas relativas ou utilitaristas, seja enquanto defesa social, intimidação geral ou, mesmo da neutralização do delinquente. Eugênio Raul Zaffaroni destaca que:

As teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias relativas da prevenção geral e da prevenção especial, cujos conceitos já examinamos: na prevenção geral a pena surte efeitos sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado.<sup>28</sup>

De acordo com este posicionamento, a finalidade da pena é a prevenção de novos delitos, seja em caráter geral, atuando sobre a generalidade dos seus destinatários, seja em caráter especial, dirigida ao animo daqueles que já tenham incorrido na prática de crime.

Sobre as finalidades nas quais a pena pode se revestir:

O utilitarismo, não fosse pelo fato de que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado. (...) é altamente o bem estar dos cidadãos realizado através da tutela das suas vidas e de seus outros bens fundamentais o ponto de vista externos sobre o qual até mesmo HOBBS baseará a justificação daquele “grande leviatã chamado Estado” (...). de todos os diversos modos e formas de governo, o melhor é aquele que consegue produzir o maior grau de felicidade e de segurança. No dizer de Grocio, a pena não é “*tantum puniendi causa*”, mas deve, sim, perseguir utilidades futuras, tais como a “*emendatio*” do réu e a prevenção dos delitos por meio do exemplo. Na cominação de penas, afirma Hobbes, polemizando com o retributivismo vingativo, “não é necessário preocupar-se com o mal enfim passado, mas sim com o bem do futuro, ou seja, não é lícito infligir penas senão com o objetivo de corrigir o pecador ou de melhorar os outros valendo-se da advertência da pena imposta...a vingança, em não se referindo ao futuro e sendo fruto de glória vã, é um ato contrário à razão”. No iluminismo, a função utilitarista da pena tornou-se a base comum de todo o pensamento penal reformador, reunindo-se expressamente com a doutrina da separação entre direito e moral.<sup>29</sup>

Portanto, a doutrina relativa ou utilitarista é segmentada em dois aspectos que, igualmente, subdividem-se. Aquele que diz respeito à esfera dos destinatários da prevenção,

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, Volume 1, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 241-242.

geral ou positiva (quando se refere somente à pessoa do delinquente ou aos cidadãos em geral), e aquele que versa sobre à natureza das prestações da pena, positivas ou negativas (dependendo dos destinatários da prevenção penal).

Combinando os dois critérios, teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.<sup>30</sup>

Nos dois subtópicos que seguem serão abordadas as duas facetas da Teoria relativa – a prevenção especial e a prevenção geral.

### 1.3.1 *Prevenção especial*

Consoante os adeptos dessa corrente, o objetivo da intervenção penal, em seu viés positivo é a correção do réu – a pena enquanto remédio (*poena medicinalis*). Já em seu aspecto negativo, almeja-se a neutralização dos impulsos criminosos de quem já incidiu na prática de crime, o delinquente, impedindo-o de praticar novos delitos. Com efeito, o fim da pena seria evitar a reincidência. Desse modo, a prevenção especial possui duas dimensões pelas quais o Estado busca evitar a prática de crimes futuros pelo delinquente.

Por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através da *neutralização* (ou da *inocuidade*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a *prevenção especial positiva* da correção (ou de *ressocialização*, ou de reeducação etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena - segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*.<sup>31</sup>

Diversas correntes defendem a postura preventivo-especial da pena. Na França, por exemplo, destaca-se a teoria da nova defesa social, de Marc Ancel; na Espanha, a Escola

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 245.

<sup>31</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 7-8.

Correcionalista, de inspiração Krausista é conhecida por defender a prevenção especial<sup>32</sup>. De toda sorte, a concepção original dessa teoria é mérito do jurista Alemão, Franz von Liszt.

Correntes de pensamento que defendem essa justificação do direito de punir: o correcionalismo espanhol (DORADO MONTERRO, CONCEPCIÓN ARENAL); o positivismo italiano (FERRI, LOMBROSO); a chamada *moderna escola alemã* de VON LISZT e, mais recentemente, o *movimento de defesa social*, de FILIPO GRAMATICA, MARC ANCEL e outros.<sup>33</sup>

Num primeiro momento, forçoso reconhecer que a privação da liberdade do condenado atinge o objetivo da prevenção especial negativa de neutralização do criminoso, eis que o impede de praticar crimes fora dos limites da prisão. Assim, a premissa de que o cárcere produziria segurança social parece óbvia. A neutralização do condenado é, portanto, uma das funções manifestas ou declaradas cumpridas pela pena criminal.

Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não em penas. Para estes, a pena implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já a medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, que deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Evidentemente que o castigo e a intimidação não tem sentido. “O que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar”<sup>34</sup>.

Sobre a doutrina pedagógica de correção, a pena enquanto remédio é fruto de uma concepção espiritualista do homem, inspirada no princípio do livre arbítrio.

Desenvolveram numa antiga ilusão repressiva, ou seja a ideia da *poena medicinalis*, formulada por Platão e reelaborada por São Tomás, segundo a qual os homens que delinquem pode não apenas ser punidos, mas, inclusive, ser obrigado pelo estado a serem tornarem-se bons. (...) a ideia da pena como resgate saudável deita raízes na concepção bíblica do sofrimento como preço ou forma de sacrifício para a expiação dos pecados e da reconciliação do homem com deus. Isto para não mencionarmos as concepções de penitência e libertação da confissão, do remorso, da vergonha e do arrependimento, pertencentes, inclusive, às tradições judaica, católica, e das religiões em geral, bem como às culturas primitivas.<sup>35</sup>

A ideia da pena como remédio da alma possui raízes, também, em Thomas Hobbes, Hugo Grócio, Samuel von Pufendorf, Christian Thomasius e Jeremy Bentham. As

<sup>32</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 57.

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 133.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 241-247.



ideias originais que jamais foram abandonadas readquiriram vigor no século XIX, inspirando, ainda que com entonações diferentes, ambas as versões do moderno pedagogismo penal, sustentada por Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francesco Filomusi Guelfi, Vincenzo Lanza e Francesco Carnelutti<sup>36</sup>.

### 1.3.2. A prevenção geral

A forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de Feuerbach, representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena<sup>37</sup>. Nesse caso, a função da pena seria a prevenção geral de delitos, através de uma coação psicológica exercida sobre a comunidade jurídica, intimidando a generalidade das pessoas.

Por conseguinte, segundo Feuerbach a pena não pode ter como finalidade:

- a) A prevenção contra futuros delitos de alguém em particular (prevenção especial);
- b) Nem retribuição moral, pois esta pertence a ética e não ao direito, e porque tal pretensão seria fisicamente impossível;
- c) Tampouco melhoramento penal, porque este seria o objetivo da expiação, porém não o objetivo da pena.<sup>38</sup>

Foi visto, então, que as doutrinas utilitaristas, em especial, aquelas da prevenção negativa, expõe à objeção moral kantiana, segundo a qual nenhum homem pode ser tratado como um puro meio para fins que não são seus.

## 1.4. Críticas às Teorias relativas

Alguns contrapontos merecem ser destacados em relação ao que foi exposto pelas teorias relativas. Primeiramente, a teoria relativa ou utilitarista não determina limites ou garantia na intervenção punitiva. Ou seja, omite-se sobre o conteúdo do poder punitivo.

Obviamente, tais doutrinas, vez que inspiradas na máxima de que “os fins justificam os meios”, são, por princípio antitéticas ao modelo do Estado de direito enquanto sistema de poder disciplinado e limitado pelas regras do jogo que formam o “meio” direito, sendo idôneas a justificar sistemas de direito penal ilimitado, de caráter substancialista e inquisitório,

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 248.

<sup>37</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801 (1966, p. 38). *Apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 9.

<sup>38</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 37.

especialmente no que tange aos delitos políticos que turbem em qualquer modo os interesses políticos do Estado e o exercício do poder de governo.<sup>39</sup>

Partindo da premissa de que a pena criminal deve preservar todos os direitos não atingidos pela privação da liberdade, constata-se o equívoco incorrido pela teoria da prevenção especial positiva.

Programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, programas de ressocialização deveriam ser limitados a casos individuais voluntários, de ajuda à disposição de auto-ajuda do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.

Finalmente, o generalizado reconhecimento da ineficácia corretiva dos efeitos nocivos da pena privativa de liberdade é disfarçado ou encoberto, como observam PILGRAM/STEINERT, por frequentes declarações simplistas de que *ainda não temos nada melhor* do que a prisão.<sup>40</sup>

Da mesma forma, a justificativa da prevenção especial permite a impunidade de um criminoso ocasional, ou até mesmo dos nazistas, após anos já inseridos na sociedade<sup>41</sup>, eis que não há indicativos que voltarão a delinquir. Nesse raciocínio, um autor de furtos sucessivos, ainda que de valores insignificantes, responderia com pena bastante elevada, ao contrário de um criminoso ocasional, mesmo que cometesse um homicídio bárbaro, conforme apontado.

Os fins da prevenção especial seriam ineficazes ou anulados diante daquele delinquentes que, apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessite de intimidação, reeducação ou inocuidade, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência, o que, nesses casos, levaria à impunidade do autor.<sup>42</sup>

Desse modo, é de se ponderar que prever a periculosidade futura do delinquentes, ou as chances dele voltar a delinquir é quase impossível. Os conhecimentos científicos atuais são incapazes de fornecer com segurança a veracidade desse juízo hipotético. Portanto, se não se espera a realização de um delito, há somente duas alternativas: em se tratando de afirmar a periculosidade criminal do indivíduo, não há motivo ou base suficiente para que o sujeito seja

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 241-242.

<sup>40</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 8

<sup>41</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 62.

<sup>42</sup> PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1982, p. 63 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 134.

submetido a um juízo de prognóstico; e considerando a periculosidade social, o Direito Penal que versa sobre o delito, carece de legitimação para intervir<sup>43</sup>.

Por sua vez, a prevenção geral negativa, fundada na ameaça penal, é criticada por duas razões. Primeiro, a falta de critério limitador da pena transforma a prevenção geral negativa em verdadeiro terrorismo estatal - como indica, por exemplo, a lei de crimes hediondos, essa frustrada inovação do legislador brasileiro. Segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade humana, porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais<sup>44</sup>.

Ainda, a doutrina da prevenção geral, em seu viés positivo, seguramente confunde direito com moral, conferindo as penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promove o conformismo das condutas.

Fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e de “educação coletiva”, até a recente doutrina de Gunter Jakobs, que, inspirando-se nas idéias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento, e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.<sup>45</sup>

Outro aspecto: as teorias relativas não respondem à indagação sobre sua própria justificação de se punir alguém para servir de exemplos a outros. Somado a isso, não está demonstrado empiricamente que a norma penal efetivamente desestimele comportamentos criminosos. Ainda que se comprovasse a eficácia dessa intimidação, não seria justo impor um mal a alguém para que outros se omitam de cometer um mal<sup>46</sup>. Por palavras diversas, tais fins não justificam os meios. No ponto, a objeção formulada por Kant é bastante pertinente, na medida em que o homem não pode ser utilizado como instrumento em prol de razões de utilidade social.

O ideal ressocializador tem sido objeto de várias críticas. Por ora, duas delas merecem ser destacadas: a primeira interroga sobre seu conteúdo ou

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 135.

<sup>44</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005. p. 10.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 23. Lisboa: Vega, 1998. 3ª ed. p. 26.

finalidade; a segunda trata da impossibilidade de pô-lo em prática. Muñoz Conde ocupou-se do tema em estudo intitulado “A ressocialização do delinquente. Análise e crítica de um mito”, em que aborda com autoridade essas questões. Citando Durkheim, afirma que a criminalidade é apenas mais um dos componentes da sociedade e que é a própria sociedade que a cria e a define. Questiona até que ponto é legítimo exigir a ressocialização do delinquente, que nada mais é do que produto da mesma sociedade. Por isso – conclui Muñoz Conde – é correta a afirmação de que é a sociedade e não o delinquente que deveria submeter-se a ressocialização. A ressocialização presume a existência de um processo interativo e comunicativo entre indivíduo e sociedade, a cujas normas deve adaptar-se o indivíduo. A própria natureza humana exige esse intercâmbio, uma relação dialética, a convivência social. Mas nem mesmo as normas sociais podem determinar unilateralmente o processo ressocializador. “as normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim, o resultado de uma correlação de forças sujeitas a influências mutáveis. Falar portanto, de ressocialização do delinquente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado”.<sup>47</sup>

Por fim, tais doutrinas utilitaristas, no magistério de Ferrajoli, ao supor uma concepção do poder punitivo como “bem” metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e, simetricamente, do delito como “mal” moral ou “doença” natural ou social, são as menos liberais e antigarantistas que historicamente tenham sido concebidas, e, deste modo, justificam modelos de direito penal máximo e tendencialmente sem limites<sup>48</sup>.

Ademais, dado o caráter corretivo associado aos tratamentos penais, não se justificam limites legalmente e rigidamente preestabelecidos à exigências individualizadas da correção. Ao contrário, justificam-se e recomendam-se penas de natureza e duração indeterminadas, sujeitas a mutações dependendo das variações das necessidades corretivas e cujo fim corresponde à cura ou arrependimento do réu. (..)

Uma primeira e elementar objeção é que somente a pena carcerária, e não as outras penas também, como, v.b., aquelas pecuniárias ou de detenção domiciliar, está ligada à finalidade reeducativa, a qual, portanto, não pode ser admitida como critério teórico de justificação da pena em geral. Uma segunda, e muito mais grave objeção, é que o fim pedagógico ou ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável. Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime. Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 241-252.

única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo.<sup>49</sup>

Destarte, é inquestionável que as prisões, antes de ressocializar ou moralizar o delinquente, são escolas de especialização no crime e embrutecimento da personalidade.

Todo o entorno carcerário é estruturado com o fim de desumanizar. Os prisioneiros recebem um número, um uniforme, pouco ou nenhum espaço pessoal. São privados de praticamente todas as oportunidades de tomar decisões e exercer poder pessoal. De fato, o foco de todo o ambiente é a obediência e o aprendizado de aceitar ordens. Numa situação assim a pessoa tem poucas escolhas. Ele ou ela talvez aprendam a obedecer, a ser submissos, e essa é a reação que o sistema prisional incentiva. Mas é justamente a reação que menos propiciará uma transição bem sucedida para a liberdade da vida lá fora. Esse rapaz se meteu na encrenca por não saber como se auto-governar, conduzir a sua vida de modo legítimo – e a prisão irá agravar essa inabilidade. Assim, não é de se surpreender que aqueles que melhor se conformam às regras da prisão são os que pior se adaptam à vida na comunidade depois de soltos.<sup>50</sup>

Ante o exposto, é possível concluir que as principais teorias justificativas do poder punitivo não conseguem enfrentar e superar o total descrédito da pena privativa de liberdade. De toda forma, constatar a deficiência dessa medida punitiva, não implica necessariamente em afirmar que está fadada ao término, haja vista que, conforme já explanado, é a forma hodiernamente mais utilizada de resposta ao crime. Assim, no capítulo seguinte será exposto sobre a evolução do conhecimento quando um determinado paradigma está em crise (isso, baseando-se na estrutura das revoluções científicas em Kuhn). Em seguida, serão cotejadas as tentativas de emenda ao paradigma dominante – prisão pena – com as atuais alternativas ao modelo vigente para que, ao final, será possível concluir se há maiores indicativos de substituição da prisão pena ou se as emendas apontam para seu ajuste e permanência.

Em perfeita harmonia com esse raciocínio, descreve o professor Randy Barnett:

A descrição de Kuhn sobre as condições prévias de uma revolução científica e política pode descrever com precisão o estado atual das leis criminais. Todavia, simplesmente reconhecer a existência de uma crise não é suficiente. Devemos olhar para suas causas. A metodologia Kuhniana sugere que devemos examinar criticamente o paradigma da punição em si mesmo.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 253.

<sup>50</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 37.

<sup>51</sup> BARNETT, Randy E. *Restitution: a new paradigm of criminal justice*. Ethics volume 87, number 4, 1977, p. 1. Disponível em: <<http://randybarnett.com/restitution.html>> acesso em: 13 fev 2014.

## 2. A PENA DE PRISÃO COMO PARADIGMA

Consoante o exposto no capítulo retro, conclui-se que o atual modelo de justiça penal – fundamentalmente estruturado na pena privativa de liberdade – se caracteriza por uma série de promessas não cumpridas. A pena de prisão, entendida como o eixo do sistema penal retributivo, se mostra incapaz de prevenir o delito ou ressocializar o delinquente. Muitas vezes, ao invés de neutralizar ou administrar os conflitos, a prisão os potencializa, corroborando para a reincidência dos infratores. Portanto, a estrutura atual não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema<sup>52</sup>. O Direito Penal está em total descrédito perante os cidadãos. Desse modo, o atual modelo de justiça está em crise, por consequência, a pena privativa de liberdade se encontra em constante questionamento.

Nesse prisma, as falhas da pena privativa de liberdade, assim como as novas propostas que se desencadeiam, se comportam de acordo com o que Thomas Kuhn chamou de crise do paradigma dominante em sua obra “A estrutura das revoluções científicas”. Com efeito, a visão da realidade – os conflitos penais e a procura por soluções – constitui uma verdadeira visão de paradigmas.

Verifica-se que a pena privativa de liberdade se enquadra na “evolução do conhecimento científico” proposto por Kuhn, uma vez em que ela foi inicialmente concebida como uma medida objetiva e racional, almejando-se – em contraposição às punições da idade média e antiga – uma punição proporcional ao delito cometido. Em seu magistério, Howard Zehr explica com propriedade que:

As primeiras aplicações do poder punitivo eram severas. Não havia salvaguardas contra abusos, nem qualquer correlação entre a severidade do delito e a pena imposta. O conceito de pena proporcional foi uma invenção do Renascimento, que tornou a pena mais racional e suportável. A ideia era que se a pena estivesse mais adequada ao crime, tornando-se menos arbitrária, menos dependente dos caprichos das autoridades, tal pena faria mais sentido.

As prisões tornaram-se populares como forma de aplicar penas proporcionais. As sentenças de privação de liberdade podem ser medidas em períodos de tempo e dosadas segundo a gravidade do crime, permitindo que sejam vistas como científicas e lógicas. Numa era em que a ciência e a racionalidade foram tão importantes, a punição proporcional foi uma forma

---

<sup>52</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 29.

palpável de controlar o paradigma punitivo. Os períodos variáveis de encarceramento foram um modo de aplicar o conceito “cientificamente”.<sup>53</sup>

Lawrence Leshan e Henry Margenau, um físico e um psicólogo, respectivamente, trouxeram um avanço significativo para a teoria dos paradigmas de Kuhn<sup>54</sup>. De acordo com os pensadores, nossas definições de realidade numa dada cultura são formas de construir a realidade. Estas definições são, na verdade, modelos ou paradigmas. Funcionarão no sentido de explicar e influenciar algumas situações, mas podem não funcionar em outros contextos. Elas são representações da realidade moldadas pelas nossas necessidades e pressupostos específicos, podendo, por isso, ser bastante incompletas.

Os paradigmas moldam nossa abordagem não apenas no mundo físico, mas também no mundo social, psicológico e filosófico. Eles são a lente através das quais compreendemos os fenômenos. Eles determinam a forma como resolvemos problemas. Moldam o nosso “conhecimento” sobre o que é possível e o que é impossível. Nossos paradigmas constituem o bom senso, e tudo o que foge ao paradigma nos parece absurdo.

Paradigmas são modos específicos de construir a realidade, e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma da justiça é uma forma específica de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma como definimos problemas e o nosso reconhecimento do que sejam soluções apropriadas. Nos parece que o que nos conduz é o bom senso, no entanto, trata-se na verdade de um paradigma. E como todos os paradigmas, tem certas qualidades. Mas como todos os paradigmas, constitui também uma armadilha.<sup>55</sup>

Em abordagem semelhante à tese dos paradigmas de Kuhn, o professor Álvaro Pires desenvolveu um ensaio sobre a “racionalidade penal moderna”, pelo qual descreve as principais características do sistema de pensamento da justiça criminal moderna – aquela concebida a partir da segunda metade do século XVIII. De acordo com o autor, a justiça penal moderna possui um conjunto de práticas institucionais jurídicas, formando uma organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento. Desse modo, um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. E quando tentamos pensar o sistema penal de outra forma é que tomamos consciência do condicionamento que ele exerce sobre a nossa forma de ver a realidade<sup>56</sup>. Destarte, o paradigma da justiça criminal moderna acarretará numa série de problemas e deslocamentos de sentido. Estes, por sua vez, tornam-se um obstáculo para enxergar novas

<sup>53</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 89.

<sup>54</sup> Cf. LESHAN, Lawrence e MARGENAU, Henry. *Eistein's space and van gogh's sky: physical reality and beyond*. Nova York: Collier Books, 1982.

<sup>55</sup> ZEHR, Howard. Op. cit. p. 83-84.

<sup>56</sup> PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos, CEBRAP. N. 68, março 2004, p. 40.

propostas ao sistema penal. Dentre os problemas apontados por Álvaro Pires acerca da racionalidade penal moderna, é possível destacar:

O crime (norma de comportamento) será definido pela pena tanto no direito como no saber jurídico e, muitas vezes, das ciências sociais. No direito, essa maneira de definir o crime produzirá uma imediata dogmatização da relação crime/pena (aflitiva). Assim, Von Feuerbach dirá de maneira lapidar, entre a descrição e o dogma: "Não há crime sem pena". No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela **presença exclusiva da pena (aflitiva)**, o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: **uma não pode ser pensada sem a outra**. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma **sinédoque**, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflitiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno. (...)

Um tal distanciamento crítico exige a possibilidade teórica de apresentar a configuração efetiva desse sistema como uma possibilidade entre outras de atualização do sistema, e não necessariamente a mais feliz. A racionalidade penal moderna **constitui, portanto, um obstáculo epistemológico** ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, **à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa.**<sup>57</sup>

Dito isso, considerando que a pena de prisão é um dos pilares ou paradigmas que compõem o sistema de justiça penal (ou a “racionalidade penal moderna”), Thomas Kuhn tece alguns apontamentos ao se constatar a “crise do paradigma dominante”. Primeiramente, a reação inicial e natural de seus adeptos é tentar mantê-lo em pé. Os esforços, portanto, serão no sentido de relegitimar o paradigma para perpetuá-lo. Neste momento, a crise poderá se encerrar de três maneiras. Na primeira, o próprio conhecimento normal (o paradigma dominante) consegue superar e resolver o problema, mantendo a aplicação do paradigma. Na segunda opção, o problema é taxado como sendo impossível de se resolver, até mesmo para novos paradigmas mais radicais, sendo, por consequência, ignorado momentaneamente até que surja uma nova proposta capaz de solucioná-lo. Em terceiro, a crise acarreta o surgimento de um novo paradigma, provocando um fervoroso embate para sua aceitação. Essa última opção, segundo Kuhn, é a mais significativa, visto ser a causa da evolução no conhecimento científico. Nessa senda, Thomas Kuhn sublinha que:

Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema que provoca crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até

<sup>57</sup> PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos, CEBRAP. N. 68, março 2004, p. 40-41 e 43. Nosso grifo.



mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área ele estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, o caso que mais nos interessa: uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação.<sup>58</sup>

Dessa forma, a teoria de Kuhn defende o progresso do conhecimento através das revoluções – abandono de uma estrutura teórica e sua substituição por outra, incompatível –, haja vista que todos os paradigmas são inadequados em alguma medida no que se refere à sua correspondência com a natureza. Observações mais numerosas e mais variadas são feitas, possibilitando a formação de novos conceitos, o refinamento de velhos conceitos e a descoberta de novas relações lícitas entre eles. A revolução do conhecimento, segundo Kuhn, constitui na mudança descontínua de paradigmas, ou seja:

A ciência normal é praticada por aqueles que trabalham dentro de um paradigma, articulando e desenvolvendo-o. Ao se depararem com uma grande dificuldade que foge do controle, será manifestado um estado de crise. Esta crise é resolvida quando surge um paradigma inteiramente novo que atrai a atenção de um número crescente de cientistas até que eventualmente o paradigma original, problemático é abandonado.<sup>59</sup>

Ante o exposto, a teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn, juntamente com os demais autores discutidos neste tópico, servirão de auxílio para melhor análise da crise da prisão pena. Destarte, no capítulo seguinte serão apresentadas algumas teorias que fornecem uma proposta ou solução para o presente estudo – teorias que ora buscam manter o paradigma dominante em pé (teorias relegitimadoras), ou teorias que sugerem uma mudança total do paradigma (teorias deslegitimadoras). Então, no capítulo derradeiro, esses paradigmas serão confrontados para que seja possível concluir se a crise é (ou será) solucionada pelo paradigma atual ou se apenas com o advento de uma novo paradigma o problema será solucionado. E assim sucessivamente.

---

<sup>58</sup> KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. B. Boenira e N. Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 115.

<sup>59</sup> CHALMERS, Alan Francis. *O que é ciência, afinal?* São Paulo: Brasiliense. 1999/2000. p. 124.

### 3. A CRISE DO PARADIGMA CARCERÁRIO

#### 3.1. A teoria de deslegitimação segundo Louk Hulsman

Um primeiro jurista capaz de contribuir significativamente com esse debate é o abolicionista Louk Hulsman. Hulsman foi professor de Direito Penal na Universidade de Rotterdam, Holanda, e presidiu o Comitê Europeu para Problemas Criminais em Strasbourg. Para encontrar sua posição abolicionista do sistema penal, o catedrático acumulou diferentes experiências interiores e exteriores. Em suas palavras: “a evolução da minha visão de mundo – e, portanto, do meu olhar sobre o sistema penal – é necessariamente paralela à minha evolução pessoal interior”.<sup>60</sup>

Em sua obra – *Penas perdidas: o sistema penal em questão* –, Hulsman questiona o sistema penal como um todo, não se restringindo à pena de prisão. Diversas são as críticas direcionadas à justiça penal. Expõe sobre as cifras ocultas (o sistema somente intervém apenas em situações excepcionais); não previne delitos; provoca danos, inclusive, àqueles que diz proteger; jamais funciona como querem os princípios que pretendem legitimá-lo<sup>61</sup>; cria e reforça as desigualdades sociais. Em suma, o sistema penal é inoperante e contraproducente. Produz um sofrimento estéril. E, ao definir fatos ou situações como “delito” limita drasticamente as possibilidades de compreender o fato e apresentar uma resposta racional.

Hulsman afirma que o Direito, assim como a teologia moral, e as deliberações da civilização romana (que se baseava no voo dos pássaros), todos esses sistemas têm sua lógica própria que não têm nada a ver com a vida ou com os problemas das pessoas.<sup>62</sup> Com efeito, Hulsman busca primordialmente instigar uma nova visão do crime, da pena e de toda a estrutura penal. Sustenta que a comunidade deve participar mais da resolução dos problemas que envolvem a complexidade do ser humano.

Em se tratando da abolir a pena, Louk Hulsman esclarece que deve ser abolida não toda e qualquer medida coercitiva, mas sim aquela aplicada institucionalmente por uma organização estatal:

Falei algumas vezes em abolir a pena. Quero me referir à pena tal qual é concebida e aplicada pelo sistema penal, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal **sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas**. Questionar o direito de punir dado ao Estado **não significa necessariamente rejeitar qualquer**

<sup>60</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997, p. 30.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 27-28

**medida coercitiva**, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal. É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a internação, a residência obrigatória, a obrigação de reparar e restituir, etc... – têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de **reativação pacífica do tecido social**, fora do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas.<sup>63</sup>

O abolicionista destaca que a pena, tal como entendida em nossa civilização, contém dois elementos. O primeiro elemento é uma relação de poder entre aquele que pune e o que é punido, aceitando que seu comportamento seja condenado porque reconhece a autoridade daquele. O segundo aspecto, em determinados casos, a condenação é reforçada por elementos de penitência e de sofrimento impostos e aceitos em virtude daquela mesma relação de poder. Esta é a análise, e a linguagem que estamos habituados a ouvir e que parece legitimar nosso direito de punir. Em nosso contexto cultural, portanto, a verdadeira pena pressupõe a concordância de duas partes.

Daí que, **não havendo** uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento da autoridade, estaremos diante de situações em que se torna extremamente difícil falar de legitimidade da pena. Se a autoridade for plenamente aceita, poderemos falar de uma pena justa. Se, ao contrário, houver uma **total contestação da autoridade, não teremos mais uma pena verdadeira, mas pura violência**. Entre estes dois extremos, podemos imaginar toda sorte de situações intermediárias.

O funcionamento burocrático penal não **permite um acordo satisfatório entre as partes**. Neste contexto, os riscos de uma punição desmedida são extraordinariamente elevados. Um sistema que coloca frente-a-frente, se é que se pode falar assim, a organização estatal e um indivíduo, certamente, **não irá produzir uma pena “humana”**. Para se convencer disso, basta prestar atenção ao estilo de determinadas declarações oficiais. O discurso oficial pode falar de quarenta mil presos, como fala de milhões de mortos numa guerra: sem qualquer problema.<sup>64</sup>

Com efeito, Hulsman enfatiza que ao nível macro, as noções de pena e responsabilidade individual são fictícias, infecundas e traumatizantes. Por isso, é aberrante pensar sobre o “direito” ou a “necessidade” de punir neste nível. Por outro lado, é possível retomar essa reflexão ao nível micro das relações interpessoais, nas relações entre indivíduos ou instituições próximas, lugares onde ocorrem atribuições de significados concretos às noções de responsabilidade individual e “punição”<sup>65</sup>.

Louk Hulsman pondera que a pena de prisão deve ser abolida juntamente com todo o sistema penal, com sua linguagem, pois o sistema impõe um único tipo de reação aos

<sup>63</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997, p. 86-87. Nosso grifo.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 87. Nosso grifo.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 88.

acontecimentos que entram em sua competência formal: a reação punitiva. Assim, a abolição será uma libertação para todos os envolvidos.

Ainda, destaca o autor que os problemas que a justiça penal pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira<sup>66</sup>. A maioria dos conflitos interpessoais, inclusive, se resolve fora do sistema penal, graças a acordos, mediações, decisões privadas dos interessados. Logo, a abolição será um sinal de renascimento do tecido social.

Trata-se, afinal, de deixar viver, fora das instituições, modalidades de relações que o sistema, hoje, asfixia, e dar às instituições existentes uma chance de apoiar os processos sociais naturais, ao invés de controlá-los e sufocá-los. Na minha mente, abolir o sistema penal significa dar vida às comunidades, às instituições e aos homens.<sup>67</sup>

Um clima de descriminalização favorece o desenvolvimento de atitudes de tolerância a respeito de comportamentos não tradicionais, destaca Hulsman, preservando e ampliando a capacidade de cada um fazer face a acontecimentos indesejáveis.

Quando o poder político, reduzindo a coerção estatal, se voltar mais frequentemente para as pequenas coletividades urbanas e rurais; quando estimular o fenômeno associativo, quando deixar que se desenvolva um novo tipo de trabalho social, cujo objetivo não seja tanto o de cuidar ou readaptar seus usuários, mas sim ajudá-los a administrar seus problemas, com os métodos que eles próprios escolherem e os meios que lhe forem acessíveis – quando isso acontecer, tudo indica que estaremos entrando num caminho mais fecundo.<sup>68</sup>

Desse modo, com a abolição do sistema penal, toda a matéria de resolução de conflitos, 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 interpretação redutoras e das soluções estereotipadas por ele impostas, de cima e de longe, permitiria que, em todos os níveis da vida social, irrompessem milhares de enfoques e soluções que, hoje, mas conseguimos imaginar<sup>69</sup>.

A justiça criminal existe em quase todos nós como “preconceito de gênero” e em certas áreas do mundo - ‘preconceito racial’ existe em quase todas as pessoas. Abolição é, então, em primeiro lugar, abolição da justiça criminal na pessoa: mudando as percepções, atitudes, comportamentos. Tal mudança implica na mudança da linguagem e, por outro lado, a mudança de linguagem será um instrumento poderoso para fazer acontecer as mudanças nas percepções e nas atividades.

<sup>66</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997, p. 91.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 139.

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. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.<sup>70</sup>

### 3.2. A teoria de deslegitimação e relegitimação segundo Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli é professor de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito na Università de Camerino, Itália. É um dos mais proeminentes pensadores contemporâneos do direito, de tradição iluminista e liberal<sup>71</sup>. Desenvolveu a teoria do garantismo penal que tem por fundamento a tutela da liberdade do indivíduo frente às várias formas de exercício arbitrário de poder.

Dessa forma, o sistema elaborado por Ferrajoli, legitimado através de razões utilitaristas, serve para embasar somente modelos de direito penal mínimo, contendo um tríplice sentido: máxima redução da intervenção penal; ampla extensão dos seus vínculos e limites garantistas; e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva. Assim, segundo as anotações de Ferrajoli:

Tal deve à sua atenção a um lado do problema penal normalmente negligenciado, qual seja o custo social das penas, e, de modo geral, dos meios de prevenção dos delitos, que pode ser superior ao próprio custo das violências que estas têm como finalidade prevenir. A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina “justiça penal”, e que talvez, na história da humanidade, tenha causado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos.<sup>72</sup>

A adoção do esquema justificativo de Ferrajoli tem como consequência que este não fornece uma justificação em abstrato do direito penal, mas, simplesmente, consente a justificação dos sistemas penais concretos e sociologicamente relativos a cada ordenamento que ocupa. Propõe-se como parâmetro não apenas de justificação, mas, sobretudo, de deslegitimação do sistema penal.

Com efeito, Ferrajoli não nega a função preventiva-geral das penas, atribuindo-lhe, no entanto, uma dupla função: a prevenção de delitos que indicaria o limite mínimo da pena e a prevenção das reações desproporcionais que indicaria seu limite máximo.

<sup>70</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997, p. 140.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 2.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 319

Representaria uma defesa do fraco contra o forte, da vítima face ao delinquente, do delinquente face a vingança.<sup>73</sup>

O direito penal mínimo seria a lei do mais fraco. A pena seria justificada como um mal menor, devendo ser fixada, sempre, a partir de um cálculo de custos: o custo do direito penal e o custo da anarquia punitiva.<sup>74</sup>

O grande contraponto do garantismo com o posicionamento abolicionista consiste em defender que o sistema penal é necessário para assegurar punições justas. No que diz respeito ao paradigma carcerário, apostar na redução, até chegar à sua supressão total. Sustenta que mesmo em uma sociedade democratizada e igualitária seria necessário um direito penal mínimo como único meio de se evitar danos maiores (reação informal contra o delito).

Existe ma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral de delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva e intimidatória, sobretudo se se castiga a quem “merece”. A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer modo utilitarista, a punição do inocente.<sup>75</sup>

Cumprir destacar o pensamento de Ferrajoli acerca dos indicativos de permanência do paradigma da prisão pena sob o enfoque da expansão das medidas alternativas. O professor sustenta precisamente que:

Um sintoma da **crise** das penas privativas de liberdade é, sem dúvida, o **desenvolvimento das medidas alternativas** e das **sanções substitutivas**, que representam, talvez, as principais inovações deste século em matéria de técnicas sancionadoras. **Mas este desenvolvimento é também um sinal da resistência tenaz do paradigma carcerário.** Medidas alternativas e sanções substitutivas não tem substituído, na realidade, a pena de prisão como penas ou sanções autônomas, mas tem-se somado a ela como seu eventual corretivo, acabando, assim, por dar lugar a espaços incontroláveis de discricionariedade judicial ou executiva.<sup>76</sup>

Por outro lado, acentua que pode ocorrer em relação à algumas das medidas de prevenção, uma verdadeira alternativa à prisão, quando estas são elevadas à categoria de penas principais, aplicadas pelo juiz no momento da condenação.

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.95-96.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.95-96.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 339.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 378

Ferrajoli sublinha que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado. Considerando o avanço cultural das sociedades, sustenta que a pena privativa de liberdade especificamente (ou seja, não toda e qualquer pena) deve ser suprimida a longo prazo. Enquanto isso, imperioso se faz uma limitação drástica do sua incidência, bem como do seu tempo de duração.

Resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua.<sup>77</sup>

Tal assertiva se baseia na constatação que a prisão é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a supressão ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja<sup>78</sup>.

O projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena: este, de fato, qualquer que sejam as ilusões de seus defensores, corresponde a um programa de direito penal máximo, selvagem e/ou disciplinar; aquele, ao contrário, corresponde a um programa de direito penal mínimo, orientada à mitigação e à humanização da sanção punitiva. Inclusive admitindo que se algum dia, numa hipotética e improvável sociedade perfeita, deixarem de ter sentido os delitos e as vinganças, a pena deveria conservar-se como medida sancionadora mínima e exclusiva, para o único caso de que um delito provocasse alguma reação de caráter aflitivo. Por isso, qualquer estratégia de humanização das penas supõe, com a abolição das que em cada momento se manifestem intoleráveis para a consciência cívica, a defesa da forma legal da pena. Daqui segue-se que qualquer campanha pela supressão da prisão não pode mais do que ser distorcida, mal-entendida e obstaculizada, se é confundida com as orientações ideológicas que propugnam a abolição da pena e do direito penal enquanto tais e omite-se a indicação dos tipos de penal, menos aflitivos mas não menos eficazes, com certeza aptos para substituir a pena privativa de liberdade.<sup>79</sup>

Em seu magistério, Ferrajoli destaca dois fatores que apontam pela abolição da pena privativa de liberdade, ainda que seja a longo prazo. O primeiro deles é que a insatisfação que este tipo de pena produz vem se difundindo tanto no âmbito da cultura jurídica quanto na opinião dos operadores carcerários. O segundo fator:

refere-se ao caráter cada vez mais obsoleto da pena privativa de liberdade: conforme ressaltam as estatísticas, tanto na Itália como em outros países evoluídos o número de presos vai diminuindo, e as penas privativas de liberdade tendem a ser

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 379.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 380.

convertidas em “medidas alternativas”, ou alteradas para sanções substitutivas ou, pior ainda, por outros meios de controle tanto penais quanto extrapenais. Em parte, tal fenômeno se inscreve na crise da legalidade penal. Mas este aspecto regressivo há de contrastar com hipóteses progressivas de reforma que seriam absurdas se estivessem na defesa da pena de prisão.<sup>80</sup>

Em seu posicionamento, defende que, em curto prazo, a pena privativa de liberdade deveria possuir como duração máxima de dez anos, qualquer que seja o delito cometido. A médio prazo, a um tempo ainda menor. Uma redução deste gênero ensejaria numa redução quantitativa e qualitativa da pena, dado que a ideia de retornar à liberdade depois de um breve período torna-se mais tolerável e menos alienante a reclusão.<sup>81</sup> Para corroborar a viabilidade de sua tese (extinção do paradigma carcerário), exemplifica que na Itália, através de uma lei de 1986, a pena de prisão perpétua tem desaparecido de fato, eis que é possível, depois de quinze anos, sua comutação em medida de semiliberdade e, posteriormente, em liberdade condicional.

Ao final, destaca que diversos são os tipos penais capazes de conceber como alternativas à privação de liberdade, por exemplo, a semiliberdade, a liberdade vigiada, limitação de fim de semana, penas restritivas de direitos. Estas privam parcialmente a liberdade pessoal e podem ser aplicadas como penas principais para determinados delitos de acordo com sua gravidade.

### **3.3. A teoria de deslegitimação segundo Eugenio Raúl Zaffaroni**

Os pensamentos de Louk Hulsman anteriormente referidos serviram de inspiração para o criminólogo latino-americano Eugênio Raúl Zaffaroni escrever e dedicar o tema de seu livro: “Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal”. Zaffaroni se posiciona a favor do direito penal mínimo, que seria uma proposta que deve ser apoiada por todos que deslegitimam o sistema penal, porém não como meta insuperável, mas como passo ou trânsito para o abolicionismo<sup>82</sup>.

Dentre diversos temas que são abordados com riqueza em sua obra, destaca-se (considerando os limites deste trabalho) sua ilustração acerca do embate travado entre o abolicionismo e o garantismo. Zaffaroni afirma que enquanto o abolicionismo procura realçar os custos do sistema penal, o direito penal mínimo volta-se para os custos eventuais de uma

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 380.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 106.



anarquia punitiva. Na leitura que Zaffaroni faz de Ferrajoli, estes custos seriam de duas categorias: o perigo de *bellum omnium*, como suas reações vindicativas descontroladas, e o perigo de um disciplinarismo social que impeça o delito de maneira puramente física, à custa da liberdade de todos.<sup>83</sup> Todavia, na opinião de Zaffaroni:

a justificativa que Ferrajoli encontra para “direito penal mínimo” entra em contradição, ao menos parcialmente, com suas afirmativas de que as “finalidades” das penas estabelecidas preceitualmente não podem ser recusadas apelando-se para argumentos empíricos, uma vez que a crítica ao abolicionismo fundamenta-se, justamente, na experiência empírica que a operacionalidade real dos sistemas pena vigentes oferece.

Apesar de Ferrajoli não o expressar claramente, e apesar da negativa de alguns de seus partidários, esta crítica parece ignorar que o abolicionismo também propõe um novo modelo de sociedade. Neste sentido, não vemos razão pela qual não se possa conceber uma sociedade – por mais isolada que seja – na qual os conflitos possam ser resolvidos – ou não, conforme o caso – independentemente de penas e de uma instância punitiva formal, sem que isto, necessariamente, se traduza numa repressão maior. O próprio Ferrajoli reconhece que as penas não resolvem os conflitos; portanto, em sua proposta mínima, o único critério de subsistência seria sua utilidade para evitar uma hipotética vingança.<sup>84</sup>

Desse modo, assinala que o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos. Na verdade, propõe uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente<sup>85</sup>.

Nesse descortino, Hulsman igualmente pondera que:

A afirmação de que a eliminação do sistema penal implicaria na multiplicação de atos violentos pressupõe que, de um lado, se prove que tal sistema protege eficazmente contra esta espécie de risco e, de outro, que se prove ser ele o único mecanismo capaz de garantir tal proteção. Nenhuma destas duas proposições jamais foi cientificamente demonstrada. Qualquer um pode constatar que a existência do sistema penal de forma nenhuma impede s homicídios, os roubos à mão armada, ou os furtos em residências. Esperar que o sistema penal acabe com a criminalidade é esperar em vão. Trabalhos comparativos mostram que não há qualquer relação entre a frequência e a intensidade dos acontecimentos “violentos” produzidos num contexto dado e o caráter repressivo e a extensão do sistema penal, de tal modo que não se pode dizer que a existência e a importância do número de acontecimentos violentos no contexto considerado. Ao contrário.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.95-96

<sup>84</sup> *Ibidem*, p.103-104.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p.104.

<sup>86</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997, p. 107-108.

Portanto, as constatações do abolicionismo, assim como do garantismo se direcionam de pela abolição do paradigma da prisão pena, diferenciando-se que o segundo busca não só a deslegitimação, mas, também, a relegitimação do sistema penal. Hulsman, por sua vez, enfatiza que não há motivos para crer que o sistema penal substitui e impede a vingança privada, eis que o renascimento das milícias e justiças privadas, agindo sob a forma de autodefesa punitiva, se dá precisamente em contextos onde o sistema penal funciona a todo vapor. Não há, portanto, qualquer razão para se pensar que o fenômeno se ampliaria caso descriminalize os comportamentos indesejáveis, bem como derogue-se toda a forma legal da pena.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997, p. 114.

## 4. A RELEGITIMAÇÃO DO PARADIGMA CARCERÁRIO

Analisada as linhas mestras de algumas correntes que sinalizam a queda do paradigma carcerário, neste tópico serão expostos os entendimentos que interpretam o contexto jurídico atual no sentido de que a pena privativa de liberdade há de permanecer ainda por tempo indeterminado.

### 4.1. A abordagem de relegitimação sistêmica

O posicionamento que se destaca é relativo aos teóricos sistêmicos cujo escopo é relegitimar a máquina penal. O núcleo do pensamento sistêmico em “ciências sociais” consiste num deslocamento do foco. Retira a atenção do homem e passa para o “sistema”. A origem desse pensamento, consoante às lições de Zaffaroni, remonta ao funcionalismo de Durkheim, ou mais proximamente, ao de Robert K. Merton, apesar deste não transformar o “sistema” no centro de atenção exclusivo de suas pesquisas<sup>88</sup>. Um sociólogo que é considerado como sistêmico propriamente dito é Talcott Parsons<sup>89</sup>, cuja versão acolheu o discurso jurídico-penal alemão, parte do qual se inclina, ultimamente, a endossar a versão de Niklas Luhmann<sup>90</sup>. Luhmann, por sua vez, é considerado como o autor mais significativa para o impulso da teoria sistêmica. Serviu de inspiração, também, para Gunter Jakobs.

De forma geral, de acordo com a concepção sistêmica, o discurso jurídico-penal seria o regulador do “controle social” frente às condutas “desviadas”. A pena representa uma necessidade funcional sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante às frustrações que decorrem da violação das normas.

Jakobs assinala que a pena desempenha a função preventiva ao proteger as interações sociais. Segundo o penalista alemão, os contatos e interações sociais geram expectativas diversas, sendo estas asseguradas como condição de subsistência da ordem social, preservando o sistema social.

Essas expectativas, que podem ser desestabilizadas frente à decepção ou conflito entre os que participam da interação social, são normatizadas, assegurando a confiança e a fidelidade das interações interindividuais ou sistêmicas. A pena deve assim proteger as condições de tal interação, e tem,

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.85.

<sup>89</sup> Cf. Talcott Parsons, *The social System*, Nova Iorque, 1966.

<sup>90</sup> Cf. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Munique, 1972; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983; *Stato didiritto e sistema sociale*, Nápoles, 1978.

portanto, uma função preventiva. Para a perspectiva sistêmica, portanto, a reação punitiva tem como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social.<sup>91</sup>

Na concepção sistêmica de Luhman, o fundamental é que o sistema obtenha “consenso” (conjunto de apatias fundadas na falta de informação ou ignorância). Considera que o importante é o sistema, base comum de todo organicismo<sup>92</sup>. A versão sistêmica busca o “pragmatismo”, desvinculando-se da axiologia histórica idealista.

No entanto, o conceito de “racionalidade” como “funcionalidade” (ou quase isso) implica uma confiança cega – é maior ainda que a de Hegel – no “progresso” histórico. Na verdade, se o racional “não” é aquilo que pode “ser compreendido”, a “razão” passa a ser um “motor da história”, converte-se em algo ativo, criador, por pressupõe, ao colocar entre parênteses qualquer questionamento, que o sistema social tem um sinal positivo e que, portanto, tudo o que serve para sustentá-lo (funcional ao mesmo, “racional”) é progressista e positivo. Desta forma, esta concepção não é independente de toda axiologia, mas *pressupõe* uma base axiológica, representada pelo valor positivo do sistema social.<sup>93</sup>

Esta linha de pensamento no plano jurídico-penal busca relegitimar o exercício do poder punitivo, justificando que o importante é o equilíbrio do sistema. Para esta concepção, pouco importa os fins não alcançados pela pena (prevenção geral ou especial). Muito embora reconheça que a punição não impede que outros cometam delitos ou que não evita a reincidência do delinquente, estas finalidades não precisam ser perseguidas. Do mesmo modo, a pena não se presta, ao menos direta ou principalmente, a proteção de bens jurídicos. O objetivo da punição, portanto, é tão apenas garantir o consenso, ou seja, contribuir para o equilíbrio do sistema. Com efeito, segundo Jakobs:

Destinatários da norma não são primariamente algumas pessoas enquanto autoras em potenciais, senão todos, dado que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar.<sup>94</sup>

Na continuidade, Jakobs, acerca da discussão sobre os novos riscos produzidos pela globalização – a imigração ilegal e o tráfico internacional de entorpecentes, por exemplo –, afirmou que não resta ao estado democrático de direito outra opção senão a de reagir com o

<sup>91</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19. Cf. JAKOBS, G. *Derecho penal*.

<sup>92</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.86

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.86

<sup>94</sup> JAKOBS, Gunter. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de La imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 18.

Direito Penal do inimigo. Assim, propôs a divisão do direito penal entre o direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. Interessante destacar que esse discurso de relegitimação do poder punitivo:

se intensificou ainda mais a partir do atentado às Torres gêmeas do World Trade Center, em nova Iorque, em 11 de setembro de 2001, como a edição de leis antiterror por aprte da administração americana, que possibilitam que pessoas sejam detidas e permaneçam incomunicáveis, sem haver qualquer prazo ou limite para cessar a detenção. Essas pessoas também não tem acesso às acusações formuladas contra elas, as quais geraram a sua detenção. Por outro lado, os advogados não podem se comunicar com seus clientes. Não há lista das pessoas detidas, e a mídia não tem acesso ao número e à sua identificação.<sup>95</sup>

Em suma, apesar de reconhecer tanto a falsidade do discurso jurídico-penal tradicional como os dados reais deslegitimadores dos exercícios do poder do sistema penal, a teoria sistêmica responde, simplesmente, que é necessário que seja assim por ser funcional para a manutenção do “sistema social”, única coisa que importa<sup>96</sup>. Portanto, o delito é uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto constitui expressão simbólica da falta de fidelidade ao direito. Esta expressão faz estremecer a confiança institucional e a pena é, por sua vez, uma expressão simbólica oposta à representada pelo crime.<sup>97</sup>

#### 4.2. A abordagem sistêmica atuarial

Ainda sob o viés da abordagem sistêmica, ganhou terreno nas últimas décadas as práticas atuariais de controle de populações criminosas, recorrendo à punição e novos mecanismos de controle social. O surgimento dessa abordagem é intitulada por Malcon Feeley e Jonathan Simon de “nova racionalidade penal”. É oriunda de setores neoconservadores ou da chamada “Nova Direita”.<sup>98</sup>

A partir de meados dos anos de 1970 e muito especificamente nos anos de 1980, 1990 do século 20, que na esteira das crises fiscais enfrentadas pelo estado de bem estar, fez prevalecer um modelo de racionalidade econômica cujas técnicas de gestão da criminalidade estarão focadas na ideia de risco e na melhor maneira de administrá-lo.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir? Teoria geral da pena*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

<sup>96</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.87.

<sup>97</sup> BARATTA, A. *Integración-prevención: una nueva forma*. p. 81

<sup>98</sup> Cf. LAZO, Gemma Nicolás. *La desembocadura en la sociedad de riesgo: su marco teórico europeo*, 2005. In: BIERAS, Iñaki Ribeira (org). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, Anthropos.

<sup>99</sup> CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 11.

Esta nova penologia, marcadamente menos preocupada com as questões centrais da criminologia da década de 1970, consolida-se tomando por base técnicas de redução ou neutralização do risco.

O direito penal se centra na intenção para estabelecer a culpa. O procedimento penal erigiu barreiras à condenação ao regular a formação da prova e proteger o acusado face ao poder do estado. A sanção penal é informada por teorias da punição que estão fundamentadas no indivíduo.

**A nova penologia, ao contrário, está menos preocupada com a responsabilidade, culpabilidade, sensibilidade moral, diagnóstico, ou intervenção e tratamento do ofensor individual.** Preocupa-se com técnicas para **identificar, classificar ou gerenciar agrupamentos distinguidos por sua periculosidade.** A tarefa é **gerencial, não transformativa** (Cohen, 1985, Garland; Young, 1983, Messinger 1969, Berecochea, 1990, Reichman, 1986, Wilkins, 1973). Busca-se regular os níveis de desvio, não intervir ou reagir a desvios individuais ou anomalias sociais.<sup>100</sup>

Dessa forma, estudiosos das estratégias penais europeias e norte americanas apontaram para a recente e ascendente tendência do sistema penal de rotular categorias e subpopulações ao invés de indivíduos.<sup>101</sup>

O discurso da nova penologia, portanto, é caracterizado pela ênfase nas racionalidades sistêmica e formal. Seu objetivo não é eliminar o crime, mas torná-lo tolerável por meio de coordenação sistêmica.

A nova penologia diminui as expectativas acerca da sanção penal, pois enfatiza programas correccionais em termos de controle de agregados e gerenciamento do sistema, ao invés do sucesso ou fracasso individual. Assim, não focaliza no termo “reincidência”. Quer excluir esse termo do vocabulário como uma maneira de evitar acusações de fracasso institucional. O alto índice de reincidência constitui, numa mudança para a ênfase das virtudes do regresso como um indicador do controle efetivo. A nova penologia redimensiona a compreensão das funções da sanção penal.

Uma medida do afastamento da tentativa de se normalizar os infratores em direção à tentativa de gerenciá-los pode ser observada na decadência do significado da reincidência. De acordo com a antiga penologia, a reincidência era um critério quase universal para determinar o fracasso

<sup>100</sup> FEELEY, Malcon. SIMON, Jonathan. *A nova penologia, notas sobre a emergente estratégia correccional e suas implicações*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 21. Nosso grifo.

<sup>101</sup> Cf. BOTTOMS, Anthony. *Neglected features of contemporary penal systems*, 1983. In: GARLAND, David; YOUNG, Peter (Ed.). *The power to punish*. London: Heinemann.; COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and classification*. Oxford: Polity Press, 1985; MATHIESON, Thomas. *The future of control systems – the case of Norway*. In: GARLAND, David; YOUNG, Peter (Ed.). *The power to punish*. London: Heinemann. REICHMAN, Nancy. *Managing crime risks: toward an insurance based model of social control*. *Research in law, deviance and social control*, 1986.

subsequente dos programas penais. De acordo com a nova penologia, as **taxas de reincidência** continuam sendo importantes, mas seu significado mudou. A própria palavra parece estar sendo usada com menos frequência precisamente porque carrega uma conotação normativa de que reintegrar ofensores na comunidade é o principal objetivo. **Altas taxas de indivíduos em liberdade condicional retornando para a prisão indicavam, no passado, o fracasso do sistema; agora, elas são tidas como evidências da eficiência e eficácia do livramento condicional como um aparato de controle.**<sup>102</sup>

Nesse contexto, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, justificados primeiramente como formas de reintegrar infratores na comunidade, têm sido percebidos como meios econômicos de se impor gerenciamento de longo prazo aos perigosos. Nesse descortino, espera-se justamente expandir o uso da pena de prisão.

**Ao invés de tratar essas medidas como um mecanismo para abreviar o processo de supervisão, quando os riscos para a segurança pública se tornam insuportáveis, o sistema agora trata a revogação como meio econômico de policiar e penalizar uma população cronicamente problemática. Em tal situação a reincidência é irrelevante ou, como sugerido, foi colocada de ponta-cabeça e transformada em um indicador de sucesso de uma nova forma de se aplicar a lei.**

Essa tendência da nova penologia é, em parte, uma resposta à aceleração das demandas por racionalidade e prestação de contas na punição, provenientes dos tribunais e das legislaturas durante os anos de 1970, tal como exposto em Jakobs<sup>103</sup>. Reflete, também, a decadência de expectativas com relação ao sistema penal resultante do fracasso em realizar as promessas mais ambiciosas do passado. A longo prazo, torna-se mais difícil avaliar criticamente uma instituição se não há referência a fins sociais substantivos.<sup>104</sup>

Assim, busca-se desenvolver formais de custódia e controle com melhor custo/eficiência, bem como, novas tecnologias para identificar e classificar o risco. Por exemplo, centros de custódia sem regalias e confortos; diferentes tipos de sistemas de monitoramento eletrônico (forma de custódia sem muros); novas técnicas estatísticas para determinar riscos e prever a periculosidade. A prisão, nesse contexto, oferece segurança máxima “a um custo elevado para aqueles que representam os maiores risco, e, no outro, a

<sup>102</sup> FEELEY, Malcon. SIMON, Jonathan. *A nova penologia, notas sobre a emergente estratégia correcional e suas implicações*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 25. Nosso grifo.

<sup>103</sup> Cf. JAKOBS, James B. *Stateville: the penitentiary in mass society*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

<sup>104</sup> FEELEY, Malcon. SIMON, Jonathan. *A nova penologia, notas sobre a emergente estratégia correcional e suas implicações*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 27.

suspensão condicional da pena oferece vigilância de baixo custo para infratores que representam níveis de risco mais baixos”.<sup>105</sup>

Esse novo modelo utilitário de punição é conhecido pela teoria da incapacitação, pela qual busca a reorganização dos delinquentes na sociedade.

Se a prisão não pode fazer mais nada, de acordo com a teoria da incapacitação, poderá ao menos deter o delinquente por algum tempo e assim retardar seu retorno à atividade criminal. Se esses atrasos forem prolongados por tempo suficiente e em relação a um número suficiente de delinquentes, efeitos agregados significativos no crime podem ser produzidos, apesar dos destinos individuais serem apenas marginalmente alterados.<sup>106</sup>

Essa perspectiva propõe que a sentença seja estabelecida conforme o perfil de risco do infrator, e não da natureza do delito. Seus objetivos são identificar os delinquentes de alto risco e manter um controle de longo prazo sobre eles, e, ao mesmo tempo, investir em um controle menos prolongado e menos intrusivo para os delinquentes de menor risco.

Aqui, a prisão desempenha uma das várias opções de custódia na busca por uma forma de alcançar um gerenciamento do risco mais eficiente.

Deste modo, essa “nova penologia” descrita por Feeley Simon, declaradamente reconhece que possa contribuir para o recente crescimento da população prisional. Afirmam, todavia, que é tanto causa como efeito desse crescimento. Destacam, ao final, que a “nova linguagem, a nova conceitualização, assegura que essas novas formas persistirão independentemente das pressões. Elas parecem ser características permanentes do sistema de justiça penal”<sup>107</sup>.

Derradeiramente, estes foram alguns dos aspectos fundamentais a respeito das teorias sistêmicas de relegitimação do paradigma carcerário. No capítulo seguinte, serão retomadas as ideias apresentadas até o momento e postas em confronto, acrescentando outros posicionamentos que são pertinentes. Deste modo, serão sopesados e reanalisados seus fundamentos a fim de verificar a hipótese levantada nesse trabalho: a crise da pena privativa de liberdade, contrapondo-se às novas e antigas abordagens de deslegitimação e

---

<sup>105</sup> FEELEY, Malcon. SIMON, Jonathan. *A nova penologia, notas sobre a emergente estratégia correcional e suas implicações*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 30.

<sup>106</sup> *Ibidem* p. 28.

<sup>107</sup> *Ibidem* p. 43.



relegitimação, indica a decadência desta medida punitiva ou sinaliza a permanência e ajuste deste paradigma punitivo?

## 5. O PARADIGMA CARCERÁRIO: ATÉ QUANDO?

Nos capítulos supra, expôs-se o contexto de crise do paradigma dominante – a pena privativa de liberdade –, assim como se abordou os indicativos de substituição do modelo. Por fim, mostrou-se as teorias de relegitimação que procuram manter o paradigma em pé. Neste capítulo, portanto, será dilapidada especificamente a hipótese desse trabalho na tentativa de verificar ou não sua hipótese: o paradigma carcerário será sentenciado com a pena de morte ou os indícios apontam que ele deve ser absolvido das acusações formuladas?

Retomando os pensamentos dos autores descritos no segundo capítulo, a pena privativa de liberdade é considerada como um paradigma punitivo, na medida em que permite dosar a punição em período de tempo de acordo com a gravidade do crime. Todavia, este paradigma está – desde muito tempo – em crise, considerando que muitas de suas justificativas originárias, para não dizer todas, não foram confirmadas.

Trata-se, também, de um paradigma considerando-se que aplicação da pena de prisão é apenas uma forma – dentre outras – de enxergar os fatos, definir problemas e propor soluções. E por isso é tão somente uma representação incompleta da realidade. É construída de acordo com aquilo que julgamos ser correto e necessário. É carregada com nossos preconceitos, valores e pressupostos específicos. Exerce um forte condicionamento sobre nossa análise, tornando-se um obstáculo para enxergar novas iniciativas ao sistema penal.

Nesse diapasão, Thomas Kuhn assinala que:

Não é que os cientistas descobrem a verdade a respeito da natureza, nem que eles se aproximam ainda mais da verdade. A não ser que definamos simplesmente o enfoque da verdade como o resultado da atividade dos cientistas, não podemos reconhecer o progresso na direção dessa meta.<sup>108</sup>

De toda sorte, “o paradigma é necessário para as revoluções, pois sempre existe a rejeição e a substituição de um referencial ou de alguma de suas partes integrantes”.<sup>109</sup>

Conforme o modelo de Kuhn todos os paradigmas contêm algumas anomalias. Uma anomalia é considerada séria e capaz de gerar crise ao paradigma, quando é atacada em seus próprios fundamentos, e não resiste às inúmeras tentativas de removê-la. A crise se torna

<sup>108</sup> KUHN, Thomas S. *Lógica da descoberta ou Psicologia da Pesquisa?* In. LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan (org.) *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix, p. 28.

<sup>109</sup> FERERABEND, Paul Karl. *Consolidando o Especialista*. In. LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan (org.) *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix, p. 299.

evidentemente séria, sobretudo, quando aparece um paradigma rival. Como é possível destacar as diferentes alternativas ao paradigma – o abolicionismo; garantismo; justiça restaurativa; mediação. Com efeito, quando o paradigma está fraco e seus proponentes perdem a confiança nele, chega o momento da revolução.

No ponto, foi exposto ao longo dos primeiros capítulos, as mazelas que cercam o paradigma carcerário, demonstrando, assim, a perda da legitimidade do modelo. Partindo dessa premissa, alguns autores defendem pela substituição da pena de prisão, enquanto outros acreditam que ela ainda é necessária e possui alguma utilidade, bastando mudar o enfoque no qual é vista e aplicada.

Conforme descrito, na visão de Hulsman, a perda de legitimidade da pena privativa de liberdade aponta para a substituição desta medida. Na verdade, o autor vai além. Sustenta que o sistema penal como um todo está falido e, por isso, merece ser abandonado. Isso concederá espaço para o surgimento de iniciativas mais saudáveis, segundo o abolicionista. A sugestão deste autor é que seja abolida a pena de prisão enquanto medida aplicada institucionalmente pelo sistema penal, e que, portanto, não escuta as pessoas envolvidas/interessadas. Logo, não defende a ausência total de medidas coercivas. Ele mantém a abertura para refletir sobre as condições que determinadas punições podem exercer um papel de reativação pacífica do tecido social. Este é seu pensamento norteador: permitir a atuação das relações e processos naturais que hoje são ceifados pelo sistema penal. Por outras palavras, defende que abolir o sistema penal dará vida às comunidades, instituições e aos homens, produzindo, assim, maior eficiência na resolução dos conflitos.

Por outro lado, o sistema garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli aposta na busca pela relegitimação do sistema penal. Em suma, Ferrajoli defende que a total ausência do sistema penal, enquanto instituição formalmente organizada, acarretará no aumento da vingança privada. Portanto, a existência do direito penal é necessária num duplo aspecto: como garantia aos infratores de não sofrerem punições desmedidas (i) quer pela intervenção da própria justiça penal, (ii) quer seja pela atuação dos indivíduos particulares. O sistema penal representaria a defesa da vítima face ao delinquente, do delinquente face à vingança.

Em que pese a notável contribuição de seus ensinamentos, cumpre destacar um recente exemplo que representa a inconsistência – ao menos em parte – da justificativa retro mencionada. Trata-se do caso do adolescente de 15 (quinze) anos que foi preso num poste no

Flamengo/RJ na sexta-feira, dia 31 de janeiro de 2014. Segundo as suspeitas, ele foi amarrado ao poste por um grupo de “justiceiros”, por ser autor de crimes na região. Vejamos a reportagem:

Estas são as práticas de que lançam mão as quadrilhas de milicianos, traficantes e as gangues que se aproveitam do medo e da insegurança para angariar algum poder e perpetrar ações violentas. Os ‘playboys’ que prenderam um adolescente de 15 anos a um poste com uma tranca de bicicleta, na madrugada do último domingo, na Zona Sul do Rio, rebaixaram-se ao nível dos criminosos que supostamente tentam combater. Registros da Polícia Civil aos quais o site de VEJA teve acesso mostram que a vítima da gangue, apenas cinco dias antes, tinha comandado uma surra contra outro menor, um colega do abrigo Central Carioca, da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social. Ou seja, decidiu, por conta própria, uma punição a alguém que estava em desvantagem - exatamente como fizeram os homens que o perseguiram.<sup>110</sup>

O caso ganhou maior repercussão quando a Jornalista do SBT, Rachel Sheherazade, declarou em rede nacional:

Num país que sofre de violência endêmica, a atitude dos vingadores é até compreensível. O Estado é omissivo, a polícia desmoralizada, a Justiça é falha. O que resta ao cidadão de bem, que ainda por cima foi desarmado? Se defender, é claro. O contra-ataque aos bandidos é o que chamo de legítima defesa coletiva de uma sociedade sem Estado contra um estado de violência sem limite.<sup>111</sup>

Portanto, este é um exemplo de que a vigência do sistema penal é incapaz de coibir a ação de “justiceiros privados”.

Superada essa discussão, destaca-se uma crença compartilhada por ambos os autores (Hulsman e Ferrajoli), a de que a pena privativa de liberdade deve ser extinta. Enquanto Hulsman defende pelo término imediato da prisão, Ferrajoli se posiciona por sua extinção gradual, a longo prazo. Em curto prazo, a pena privativa de liberdade deveria possuir como duração máxima de dez anos. Com o passar do tempo, deve ser convertida em medidas alternativas.

<sup>110</sup> *Adolescente preso a poste comandou surra em abrigo*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/adolescente-presos-a-poste-no-rio-surrou-colega-em-abrigo-de-menores>> Acesso em 13 fev 2014.

<sup>111</sup> *Rachel Sheherazade - "Adote um Bandido" - SBT BRASIL*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=at89CynMNIg>> Acesso em: 13 fev 2014.

### 5.1. Apontamentos acerca das medidas alternativas

No âmbito da problemática trazida neste estudo, abre-se um pequeno aparte para questionar se a aumento das medidas alternativas revelam o declínio da pena privativa de liberdade ou se, na verdade, reforçam sua aplicação.

Na concepção de Ferrajoli, conforme anteriormente destacado, a crise da pena privativa de liberdade certamente provocou o desenvolvimento de medidas alternativas. Todavia, esse desenvolvimento pode representar um sinal de resistência ao paradigma carcerário quando as medidas alternativas são aplicadas de forma complementar, não como uma sanção autônoma, propriamente dita. Assim, elas devem ser elevadas a categoria de penas principais caso tenha o intuito de reduzir a aplicação da prisão pena.

No caso da legislação brasileira, é possível notar que as medidas diversas da prisão desempenham nítido caráter de medidas assessorias, haja vista que foram estabelecidas primordialmente como medidas cautelares<sup>112</sup> - aplicadas enquanto não encerrado o processo. Podem, inclusive, ser convertidas em prisão preventiva no caso de seu descumprimento. Tudo isso conforme é estabelecido no capítulo IX do Código de processo penal, em seu art. 282, § 4º, bem como no art. 350, parágrafo único<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

<sup>113</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.

As medidas alternativas são aplicadas como punição principal propriamente dita, em substituição à pena privativa de liberdade, num diminuto número de casos, visto que precisa atender aos diversos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Nota-se que poucos são os crimes que possuem pena não superior a quatro anos, e menor ainda são os fatos criminosos praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa. Os casos diminuem mais ao exigir que réu não seja reincidente em crime doloso e que suas condições pessoais (análise altamente subjetiva do juiz) permitam.

Interessante destacar o posicionamento de Bittencourt sobre a aplicação das medidas alternativas em relação ao paradigma punitivo:

Mas as alternativas à prisão também devem ser analisadas criticamente, como a finalidade de que sejam efetivamente alternativas à prisão e não favoreçam sub-repticiamente o incremento de setores sociais controlados pelo sistema penal. O grande número de pessoas sob o controle da *probation* na Inglaterra – citando apenas um exemplo – era inimaginável quando esse tipo de pena foi introduzido nos anos setenta. A *probation*, como outras alternativas à pena privativa de liberdade, são apenas fórmulas que permitem um controle social menos visível e portanto mais fácil de ser aplicado pelos tribunais. A entrada em vigor das chamadas alternativas – como se vem comprovando nos diferentes países – não refletiu nos índices de população penitenciária, ao contrário. O fato de muitos desses sistemas preverem a revogação com a consequente conversão em pena privativa de liberdade, quando o indivíduo reincide ou simplesmente descumpra as obrigações impostas, favorece o ingresso na prisão por decisão, nem sempre do Poder Judiciário, mas de órgãos puramente administrativos.<sup>114</sup>

Sobre o assunto, Howard Zehr compreende que as medidas alternativas representam um ajuste ao paradigma do sistema retributivo, pois antes de oferecerem mecanismos para evitar o exercício do poder punitivo, proporcionam novos tipos de punição.

A busca de alternativas à privação de liberdade representa uma outra tentativa de remendar o paradigma. Ao invés de procurar alternativas à pena, o movimento em prol de alternativas oferece penas alternativas. Criando

<sup>114</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23 do prólogo.

novas formas de punição menos dispendiosas e mais atraentes que a prisão, seus proponentes conseguem manter o paradigma em pé. Contudo, pelo fato de constituírem apenas outro epíclito, não questiona os pressupostos que repousam no fundamento da punição. E por isso não tem impacto sobre o problema em si (a superlotação carcerária), problema para o qual pretendiam ser a solução.

Exemplos disso são as sentenças de serviço comunitário que se tornaram bastante populares. No seu advento elas prometiam tirar os presos da cadeia resolvendo o problema da superlotação. Na verdade elas ofereceram uma forma de punir ofensores que antes não seriam punidos. Hoje o monitoramento eletrônico de ofensores promete novas possibilidades de punição e controle.<sup>115</sup>

Deste modo, é certo que o aumento da aplicação das medidas alternativas reduzem a incidência da prisão. Conforme visto, ao menos contribuem para reduzir a superlotação carcerária. No Brasil, por exemplo, a expansão do rol dessas medidas, trazida pela Lei nº 12.403, de 2011, concedeu maiores opções ao julgador para reduzir a aplicação das prisões cautelares. Tais medidas representam o afã por restringir o uso do cárcere, demonstrando assim a mudança na racionalidade dos prejuízos advindos dessa medida. Entretanto, trata-se de iniciativas pouco expressivas e que somente em longo prazo poderão refletir no uso moderado – ou não uso – da pena privativa de liberdade.

## **5.2. A relegitimação sistêmica**

Ao longo dessa pesquisa, abordou-se também as teorias de relegitimação do paradigma carcerário sob o enfoque do modelo sistêmico.

Na concepção sistêmica, o foco é retirado do homem e direcionado para o sistema, assim o direito penal é visto como regulador do controle social a fim de administrar as condutas desviadas. Segundo essa teoria, a sociedade é articulada através de contatos e interações sociais. Estas interações geram expectativas diversas, como por exemplo, expectativa de estar em segurança e de que os indivíduos não violarão a norma. Portanto, conforme delineado, a pena representaria uma necessidade funcional sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas. Tal finalidade constitui uma condição de subsistência da ordem social.

---

<sup>115</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 89-90.

Em contraponto a essa justificativa, Zaffaroni formulou uma crítica destacando que no entendimento sistêmico o homem é reduzido a um “subsistema”, dessa forma os limites e garantias são postos à margem, abrindo-se:

possibilidade de se imporem as penas a ações meramente imorais que não lesam nenhum bem jurídico alheio, de se outorgarem a relevância e a primazia a dados subjetivos de ânimo e de se defender um critério de pena de caráter meramente utilitário ou instrumental para o “sistema”.<sup>116</sup>

Ferrajoli igualmente tece algumas críticas aos modelos que ele intitula de direito penal autoritário objetivista, cujo sistema é concebido sem a noção de “culpabilidade”, por ser voltado ao sistema.

Existem na realidade, ainda hoje, doutrinas e ordenamentos que privilegiam estruturalmente a função exclusiva da **defesa social** e que, por isso, **descuidam**, no todo ou em parte, do **elemento subjetivo da culpabilidade**, reputando-o irrelevante no plano prático e inconsistente no plano teórico. Então, resultam debilitados, nestes casos, também o ônus de verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, que vinculam réu e delito, juntamente com as demais garantias processuais em matéria de prova e defesa.<sup>117</sup>

Tais apontamentos são bastante precisos visto que a teoria sistêmica, embora reconheça a deslegitimação do sistema penal, responde, apenas, que é necessária a existência da pena por ser funcional para a manutenção do “sistema social” – único fator relevante.

No ponto, Ferrajoli chama de sistema autoritário subjetivista aquele que é formulado sem “ação” e sem “ofensa”. Tais sistemas são privados da garantia da materialidade da ação, da lesividade do fato. Caracterizam-se pelo fato de que as figuras legais do delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, são privadas de referências empíricas e são construídas predominantemente com referência a subjetividade desviada do réu<sup>118</sup>.

Precisamente, os sistemas ou as normas “sem ação” (entendida “ação, obviamente, tanto no sentido de “comissão” quanto de “omissão”, empiricamente denotável) reprimem não tanto ou não apenas determinados comportamentos, senão atitudes ou situações subjetivas de imoralidade, de

<sup>116</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p.87.

<sup>117</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97. Nosso grifo.

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97., p. 98. Nosso grifo



perigosidade ou de hostilidade ao ordenamento, para além de sua exteriorização em manifestações delituosas concretas.<sup>119</sup>

Já os sistemas “sem ofensa” não necessitam de lesão ao bem jurídico concreto. Reprime antecipadamente a simples e frequente colocação abstrata em perigo, ou mesmo punindo puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela.

Essa é justamente a aposta da criminologia atuarial que é focada no risco e na melhor maneira de administrá-lo. A “nova penologia” descrita por Feeley e Simon não se centra na intenção de estabelecer a culpa ou a responsabilidade do delinquente. É direcionada em desenvolver técnicas para identificar, classificar ou gerenciar grupos distinguidos por sua periculosidade. Todavia, tais formas de sistema são as mais perversas no sistema penal, pois a lei não proíbe nem regula comportamentos, senão configura status subjetivo diretamente incrimináveis:

Não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena. Não é observável ou violável pela omissão ou comissão de fatos contrários a ela, senão constitutivamente observada e violada por condições pessoais, conforme ou contrárias. É claro que ao faltar, antes inclusive da própria ação ou do fato, a proibição, todas as garantias processuais penais resultam neutralizadas. Trata-se, com efeito, de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório. Além de antiliberal. O caso limite é o das leis penais raciais, em que uma condição natural da pessoa por si só o pressuposto da pena. Mas o mesmo esquema vem reproduzindo pela persecução penal dos hereges e das bruxas e, nos tempos modernos, pelo modelo nazista do “tipo normativo de autor”, pelo stanilista do “inimigo do povo” e pelo positivista do “delinquente nato” ou “natural”.<sup>120</sup>

Desta forma, não há formas seguras de predizer o risco ou a periculosidade, conforme almeja a proposta atuarial. Se não bastasse, esse modelo de relegitimação da pena ignora as virtudes do regresso – seu sucesso ou fracasso individual. Não busca finalidades de prevenção especial. Trata-se de uma tentativa de evitar acusações de fracasso institucional em decorrência dos altos índices de reincidência. Estas taxas deveriam ser vistas, segundo o paradigma atuarial, como um indicador de controle efetivo ao regresso. Entretanto, conforme pontua David Garland em seu artigo “Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea”:

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97. p. 98.

<sup>120</sup> *Ibidem*. p.98.

Políticas punitivas estão baseadas na caracterização dos infratores como “desordeiros”, “predadores”, “criminosos de carreira” – são os “usos políticos do perigo”. Os infratores são tratados como uma espécie diferente de indivíduos ameaçadores, violentos, **por quem não podemos ter compaixão** e para quem **não há ajuda efetiva**. A única resposta prática e racional para esses tipos é tê-los “**retirados de circulação**” para a proteção do público, **quer pelo encarceramento de longa duração, como no reino unido, ou então pelo assassinato judicial**, como é o caso dos Estados Unidos.<sup>121</sup>

Assim, a criminologia se torna dualística, polarizada e ambivalente, cria-se:

Uma criminologia do si, que caracteriza o infrator como um consumista racional, assim como nós; e há uma criminologia do outro, do pária ameaçador, do estranho alarmanete, do excluído e amarguro. Um é invocado para tornar o **crime rotineiro**, acalmar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva. A outra está preocupada em **demonizar o criminoso, excitar medos e hostilidades populares e promover o apoio para a punição estatal**. O meio-termo excluído aqui é a outrora dominante criminologia do bem-estar, que representava o infrator como desamparado ou deficientemente socializado e tornou responsabilidade do Estado – em política social assim como penal – dar passos positivos de um tipo reparatório.<sup>122</sup>

Em seguida, Garland destaca que a força punitiva e a retórica demonizadora têm atuado muito mais proeminentemente em regimes políticos fracos do que em fortes. Cita como exemplo que foi no terceiro mandato de Margareth Thatcher – um governo poderoso e confiante – que introduziu uma legislação radical para cortar os custos de controle do crime e reduzir penalidades. Ao contrário, na administração de Clinton – amplamente vista como fraca – que tornou uma prioridade introduzir o *US Crime Act* de 1994, com seus poderes ampliados de pena de morte e novas sentenças de prisão perpétua compulsórias para réus reincidentes<sup>123</sup>.

Outra ilustração, agora em terras Brasileiras, foi no governo de Fernando Collor, ano de 1990, que publicou a Lei dos crimes hediondos (legislação que trata com maior rigor punitivo determinadas infrações consideradas graves). E, conforme é notório, durante o brevíssimo governo Collor, ocorreu o agravamento da crise econômica, e foi denunciado um

<sup>121</sup> Garland, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 77. Nosso grifo.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 78. Nosso grifo.

<sup>123</sup> Garland, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 79.

extenso esquema de corrupção existente no governo. Culminou na aprovação de seu impeachment, que só foi evitada em razão de sua renúncia<sup>124</sup>.

Nas palavras de David Garland:

Nas últimas duas décadas, políticas punitivas, tais como essas acompanharam e contradisseram as estratégias de se normalizar o crime, dividir a responsabilidade e reduzir a definição de desvio. Enquanto para um conjunto de cálculos governamentais, **altas taxas de aprisionamento representam um problema maior de custo e inefetividade** que de se ser resolvido como medidas reducionistas, **para outro, elas representam um símbolo positivo da disposição do estado de usar a força contra seus inimigos e proteger seus súditos leis por quaisquer meios que sejam “necessários”**. A soberania estatal sobre o crime tem, assim, sido negada e reafirmada. Os limites da polícia e da punição são reconhecidos em uma política somente para serem ignorados em outra. E, embora essa contradição seja algumas vezes racionalizada como uma “política de bifurcação”, suas reais raízes repousam na *ambivalência* política que resulta de um Estado confrontado por suas próprias limitações.<sup>125</sup>

Dito isso, interessante destacar o posicionamento de Pat O’Malley acerca dessa volatilidade e contradição que está presente na penalidade contemporânea. Isso em decorrência da perda de legitimidade do sistema penal e a busca por alternativas. Destaca, O’Malley, fazendo referência à Simon, que não devemos esperar que a penalidade assuma o mesmo lugar central na pós-modernidade que ela teve durante os últimos três séculos. Ou melhor, instituições e processos da justiça criminal podem ser secundarizados: “novas formas de regular comportamentos ou populações indesejáveis estão sendo propensas a vir de outros cenários, como parques temáticos...shopping centers e *campi*”<sup>126</sup>.

Devemos esperar um grande número de movimentos ao redor do modelo. Não devemos ficar surpresos em ver uma *vasta série de clichês penais modernos passarem através desse quadro adaptativo em um tempo muito curto*. Devemos também esperar que o sistema penal desenvolva muitas outras, similarmente nostálgicas, formações. As leis de toque de recolher que recentemente recuperam popularidade são um exemplo. A pena de morte é outra. **Esses artefatos não substituirão as instituições da punição moderna. O que eles farão é prover, mediante nostalgia, uma infusão de**

<sup>124</sup> Cf. *História do Brasil. Governo Collor de Mello (1990-1992); presidente renuncia*. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/governo-collor-de-mello-1990-1992-presidente-renuncia.htm>>. Acesso em 14 fev 2014.

<sup>125</sup> Garland, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 79. Nosso grifo.

<sup>126</sup> SIMON, Jonathan. They died with their boots on: the boot camp and the limits of modern penalty. *Social Justice*, 22 (1), 1995, p. 25-29 *apud* O’MALLEY, Pat. *Punição contraditória e volátil*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 110.

**significações para práticas que não podem mais encontrar sustento em referentes reais externos.**<sup>127</sup>

### **5.3. A chegada da punição pós-moderna segundo John Pratt**

Nesse contexto de novas iniciativas penais, decorrentes da crise, deslegitimação e relegitimação das práticas punitivas, John Pratt, desenvolveu uma pesquisa para verificar se esses novos paradigmas apontam para a chegada de uma nova punição ou se elas operam dentro dos parâmetros punitivos já existentes. Para explorar essas questões, o autor tomou por base a posição defendida por Garland<sup>128</sup>, embora a revertendo.

Assim, Pratt escreveu o artigo, “O retorno dos homens carrinho de mão ou a chegada da punição pós-moderna?”, inspirado por uma passagem que tinha por referência a Lei da Pensilvânia de 1786. Essa lei estipulava a punição por contínuo trabalho pesado, imposto publicamente e de forma degradante. Aqueles criminosos sentenciados a trabalho público se tornaram conhecidos como homens carrinho de mão.

Agrilhoados e acorrentados, com cabeças raspadas e uniformes grosseiros rotulados para indicar o crime que cometeram, limpavam e reparavam as ruas da Filadélfia e as vilas nos arredores. Sua reforma, acreditavam as autoridades, viria por meio da humilhação pública, esforço e temperança.<sup>129</sup>

Em seu posicionamento, essas demonstrações públicas de punição parecem se situar fora do lugar em relação à direção formal da penalidade da atualidade. São indicativos de que as punições humilhantes e degradantes estão retornando. O penalista deseja chamar atenção:

para a forma pela qual algumas qualidades penais associadas àquela modernidade anterior de punir parece ter voltado à tona na nova sanção: quando observadas, face à estrutura penal e as expectativas de punição verificadas nos últimos dois séculos, podem parecer incongruentes. No futuro essas punições aparecerão, sem dúvida, como um minúsculo fragmento, uma possibilidade de punir entre muitas, nessa pouco conhecida parte da Austrália. Mas esse é um fragmento que necessita de investigação, precisamente porque constitui uma enorme descontinuidade com a penalidade que, em maior ou menor extensão, pode ser encontrada através de todas as sociedades na modernidade.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> O'MALLEY, Pat. *Punição contraditória e volátil*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 110. Nosso grifo.

<sup>128</sup> Cf. Garland, David. *Penal modernism and postmodernism*, 1995. In: BLOMBERG T.; COHEN, S. (ed.) *Punishment and social control: essays in honour of Sheldon messenger*. New York: Aldine de Gruyter.

<sup>129</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 130.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 133.

Dessa forma, Pratt cita alguns exemplos dessas punições infamantes que retomam elementos punitivos não modernos, como na Austrália ocidental, em que pais e filhos são obrigados a limpar o grafite e assumir o ato de vandalismo diante de um auditório público<sup>131</sup>...

A publicação de nomes, endereços e fotografias de conhecidos criminosos ou egressos do cárcere nos boletins de notícia da polícia comunitária local e em comerciais de televisão. Ou infratores sendo obrigados a vestir camisas que indicam seus crimes, ou ainda sendo forçados afixar um sinal de “M escarlate” para alertar se tratarem de infratores sexuais condenados. Em todos esses exemplos, a deliberada infâmia dos infratores provoca um retrocesso da penalidade ocidental após uma pausa de cerca de dois séculos.<sup>132</sup>

Nessa toada, o penalista percebe que a infâmia, todavia, não está sendo utilizada apenas para humilhar. Destaca, por exemplo, que a proposta de justiça restaurativa – consoante os apontamentos de John Braithwaite – utiliza a infâmia como tática de reintegração. “As mesmas pessoas que são consideradas atrasadas aos olhos ocidentais são precisamente aquelas com os recursos culturais mais ricos através dos quais o movimento de justiça restaurativa pode apreender”<sup>133</sup>. Então, Pratt destaca que:

É como se, então, não mais buscássemos somente nos peritos penais as respostas ao se punir os infratores, mas, ao contrario, voltássemos a um momento anterior e buscássemos soluções a serem encontradas no espectro penal não moderno, produzindo mudanças significativas na configuração penal previamente existente. Como um dos principais proponentes das justiça restaurativa escreve: “central para a justiça restaurativa é o reconhecimento da comunidade, mais do que as agências da justiça criminal, como o lugar fundamental do controle do crime.”<sup>134</sup>

Por conseguinte, afirma que o curioso dessas novas iniciativas e tendências é que vários aspectos do desenvolvimento penal que tinham causado vergonha a jurisdições particulares – regimes penais brutalizantes, crescimento da população prisional, punições dirigidas ao corpo – não mais carregam a vergonha e o embaraço para uma sociedade moderna, na qual sua presença poderia ter invocado ha duas ou mais décadas.

Ao contrario, elas se tornam emblemas de virilidade política, algo a ser proclamado mais do que a se embaraçar (“a prisão funciona” – no sentido de

<sup>131</sup> Cf. BLAGG, H. *A Just measure of shame*. British Journal of criminology, n. 37, 1997, p. 481-501.

<sup>132</sup> PRATT, John. Op. cit. p. 133-134.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>134</sup> BRAITHWAITE, J. *Conferencing and plurality*. British journal of criminology, 37, p. 502-506. *Apud* PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 130.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 134.

manter supostos criminosos longe das ruas – foi o pronunciamento do Ministro do Interior Britânico em 1995).<sup>135</sup>

Assim, afirma que não há nada de novo em relação ao crescimento de iniciativas que parecem suprimir algumas liberdades e direitos assegurados pelas sociedades modernas. Restringir a liberdade era comum na idade média, em cidades conquistadas durante a guerra, como meio de impingir controle sobre a população local.

Na Austrália, há exemplos de leis dirigidas a indivíduos específicos à maneira de práticas legiferantes pré-modernas, ao invés de projetadas para a população como um todo e que preveem a detenção indefinida desses indivíduos específicos; leis que preveem que infratores sejam resentenciados – pela mesma infração – em lugar de soltos, quando seu tempo de prisão chega ao fim. As leis de predadores sexuais nos Estados Unidos preveem **um tempo adicional de aprisionamento para aqueles assim definidos, quando suas sentenças terminam**, ou o confinamento em manicômios para outros. Na Inglaterra, sugeriu-se, na sequência do livramento de um famigerado criminoso sexual, que esses infratores deveriam ser **mantidos na prisão indefinidamente, mesmo após completado o tempo de penal**. Até aqui, ao que parece, liberdades ocidentais, asseguradas podem ser agora suspensas com pouca preocupação aparente. Como o próprio presidente Clinton disse ao sancionar a Lei de Megan, “respeitamos os direitos das pessoas, mas a América hoje proclama que não há maior direito do que o direito paterno de criar uma criança com segurança e amor... A América adverte: se você se atrever a vitimas nossas crianças, a lei o seguirá aonde quer que você vá. Estado a Estado, cidade a cidade”.<sup>136</sup>

Há, portanto, o abandono do princípio de punições proporcionais. Não se sentenciam alguém pelo crime imediato, mas, pelo contrário, sua história passada, por mais trivial que possa ser em alguns casos. “Isso pode levar aos obrigatórios e indefinidos tempos de prisão”.<sup>137</sup>

O autor destaca a dificuldade em tentar explicar esses marcos da modernidade penal, posto que não parecem se ajustar à sabedoria que dominou muito do conhecimento da sociologia da punição influenciada por Foucault, durante os anos de 1980. Naquela época, igualmente ocorria uma significativa transformação da penalidade, entretanto de ordem diferente desta que vemos hoje.

<sup>135</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 136.

<sup>136</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 137. Nosso grifo.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 137.

Não se tratava, aquele tempo, de que a estrutura penal existente estivesse sendo abandonada ou começando a obedecer a um conjunto aparentemente diferente de referentes: ao contrário, estava sendo diversificada e estendida (Cohem, 1985). **Aquelas mudanças envolveram abandonar muito de suas origens carcerárias e se tornar operacionalizada dentro da comunidade.** Essas tendências foram justificadas por administradores penais sob o fundamento de que **livrariam os infratores dos custos (em cada sentido da palavra) do aprisionamento**, continuando, desse modo, a duradoura tendência de se minimizar a sanção penal. Na sociologia da punição, esses processos foram vistos por muitos como constituindo novas e mais intrusivas formas de controle social encoberto por uma dissimulante retórica de benevolência. Entretanto, uma das características surpreendentes das novas iniciativas dos anos de 1990, **ao lado da reasserção da textura carcerária da penalidade que muitas delas envolvem, é um certo abandono de qualquer pretexto de benevolência:** para a maioria, não mais parece existir qualquer ansiedade por parte das autoridades penais para camuflar os aspectos debilitantes das punições que aplicam.<sup>138</sup>

Pratt esclarece que essas mudanças podem ser reapresentadas como uma “nova punitividade”, a qual se tornou um elemento enraizado na nossa cultura judiciária, policial, assim como no senso comum. É nova porque de alguma forma reverte as tradições duradouras que se tornaram o atestado da cultura penal moderna. Reordena a atual configuração penal e obedece a um conjunto diferente de valores e expectativas culturais. Todavia, Garland, ao contrário de Pratt, sugeriu que seriam componentes a serem possivelmente esperados na penalidade pós-moderna. Deste modo:

Contra a natureza "isolada" da modernidade penal, encontramos um aumento na visibilidade pública da punição; contra a sua internação produtiva, encontramos uma ênfase em suas qualidades destrutivas, incapacitantes; contra as proeminências das burocracias penais, encontramos maior participação comunitária; contra a tradição de punições certas e fixas, e a proteção de direitos individuais, encontramos um aumento na incerteza e arbitrariedade, um abandono de direitos individuais perante interesses comunitários; contra a grande narrativa da reforma que se imprimiu na punição moderna, encontramos relativismo e fragmentação; e contra o treinamento normativo de infratores na penalidade moderna, encontramos uma coleção de punições infamantes - "razão" dando lugar à emoção.<sup>139</sup>

Os profissionais penais foram retirados de cena nessa nova estrutura penal. O programa de ação penal ostenta a marca da “popularização da política criminal”. Como tal,

**novas iniciativas são justificadas não por qualquer referência ao critério de especialistas, mas em termos de que “isso é o que o povo quer”, a incapacitação garantirá a segurança comunitária;** as levas de forçados

<sup>138</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 138. Nosso grifo.

<sup>139</sup> Ibidem. p. 139.

fornecerão o **sentimento de tranquilidade** para espectadores ansiosos. Encontramos uma crescente ênfase nos “**signos e símbolos**” da punição, assim que a cortina modernista que tinha sido cerrada sobre ela se abra cada vez mais.<sup>140</sup>

Portanto, é como se as práticas que pareciam não ter lugar na sociedade moderna, pudessem agora ser revividas não por causa de quaisquer qualidades funcionais que possuíssem para prevenir a reincidência, mas porque evocam uma sensação do passado, quando as instituições e estruturas da autoridade tradicional da modernidade eram incontestes. “Podem ser introduzidas em razão de que não sofrem as restrições do modernismo e em virtude de se remeter para o passado as fronteiras que ele delimitou”.<sup>141</sup>

Sobre o modelo sistêmico atuarial, Pratt assinala que o risco, mais do que o crime, passa a desempenhar um papel crucial nesse julgamento. Não é a gravidade da ofensa particular que determinará a penalidade a ser imposta, mas, sim, o risco supostamente apresentado por alguém contra a segurança da sociedade. “Dessa maneira, o atuarismo se ajusta a recém-chegada estrutura da justiça criminal em que muitos direitos e procedimentos garantidos na modernidade estão sendo removidos”.

Direitos individuais cedem lugar a preocupações mais amplamente assentadas na comunidade. Como resposta, presenciamos a emergência de poderes extrapenais se infiltrando em nossos arranjos punitivos.

Essa nova estrutura da justiça criminal pode, assim, envolver características, tais como toques de recolher, em um lado do espectro (remover das ruas populações problemáticas, mas não necessariamente criminosas), e **detenção indefinida, no outro, mesmo depois da conclusão de seu tempo de prisão (para aqueles ainda considerados como apresentando risco). Os limites modernistas que proibiram esses empreendimentos parecem ter sido removidos.**<sup>142</sup>

Nesse contexto, segundo Pratt, “o mundo penal e sua história são compostos por categorias sobrepostas e transbordantes, ao invés de descontínuas: os arranjos penais em uma forma de organização social podem bem projetar-se em outra”<sup>143</sup>.

Mudanças em técnicas, objetos e discurso representam o começo de uma ruptura marcante com o passado. O ponto essencial é que não vimos ainda

<sup>140</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 146. Nosso grifo.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 148. Nosso grifo.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 150.



uma mudança histórica completa: isso pode estar começando a tomar forma somente agora. Nesse modelo, então, por algum tempo no futuro, o antigo pode bem ter uma significativa coexistência com o novo, embora estejamos propensos a achar que o novo continua a se acelerar em importância, enquanto as antigas tradições e práticas penais da modernidade começam a diminuir. Novas iniciativas surgindo em cena estão propensas a ter a penalidade da pós-modernidade como seu referente mais do que a antiga, e é também provável que vejamos mais e mais iniciativas sendo introduzidas e testadas, por assim dizer, conforme as fronteiras das possibilidades penais venham a ser redesenhadas.<sup>144</sup>

Assim, as novas iniciativas representam uma estrutura penal pós-moderna, a partir de novos critérios e rompendo com os parâmetros modernos.

Certamente, nas atuais circunstâncias, os principais contornos da paisagem penal nos parecem muito familiares: acima de tudo, **a figura sombria da prisão ainda está lá**, por certo, pairando no pano de fundo da sociedade ocidental, mas também com um **novo valor colocado sobre ela**. Torna-se um **símbolo de reafirmação** mais do que de **vergonha para um público ansioso** e, com a injeção do setor privado em sua administração, começa a se transformar em um produto de alta qualidade e também começa a fazer suas próprias reivindicações sobre “controle de qualidade” mais do que aparecer como uma ferida aberta que drena tanta despesa pública e energia humana. **Pode bem ser o caso que a prisão assuma novamente um lugar mais proeminente na corrente dominante da vida cotidiana**. Como já disse “quando as prisões são capazes de proclamar sua ‘excelência em correções e gerência’ de projetos, não mais precisam ser escondidas nos recessos sombrios da modernidade”.<sup>145</sup>

Ao mesmo tempo, parece que esse fato está acompanhado pelo crescimento cada vez maior da população prisional, como podemos verificar nos Estados Unidos, e, sobretudo, aqui no Brasil. Apenas para citar um exemplo atual, a superlotação do complexo penitenciário de Pedrinhas/MA, encontra-se com 2.200 (dois mil e duzentos) presidiários, sendo que foi projetado com apenas 1.700 (mil e setecentas) vagas. Ou seja, 500 (quinhentas) pessoas além da capacidade estrutural do presídio. Tal situação acarretou na morte por assassinato de 60 detentos no ano de 2013, sendo que a maioria deles foi ocasionado por briga entre facções criminosas que agem dentro dos presídios maranhenses<sup>146</sup>.

Dessa forma, a própria penalidade moderna, afirma Pratt, não é mais vista como suficiente para controlar o crime ou adequadamente dar segurança a um público vociferante com seus prospectos de punição. As fronteiras que se colocavam para os limites da punição, agora têm de ser rompidas em uma variedade de formas.

<sup>144</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 150-151.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p.151

<sup>146</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/presos-dois-lideres-de-facao-criminosa-foragidos-de-pedrinhas>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2014.

Agora, em uma reversão bastante dramática, o crescimento nos níveis de aprisionamento nos Estados Unidos, especialmente por uma dimensão de líder mundial (junto com a suspensão de vários direitos jurídicos e penais assegurados), subverte esses valores e benefícios. As novas sensibilidade e economias da punição tornam tais tendências toleráveis e permissíveis, na medida em que consideram direitos e liberdade individuais como dispensáveis, ou, ao menos, não consideram sua dispensabilidade como impensável.<sup>147</sup>

A cerca dos rumos que o sistema penal trilha, John Pratt assinala que perdemos o sentimento de certeza sobre onde as fronteiras da punição residem e o senso de que estamos seguindo um caminho irreversível de reforma, melhoria e progresso, pelo menos a longo prazo.

Em seu lugar, um relativismo penal abre possibilidades para práticas muito mais localizadas, que partem de uma a outra em diferentes tangentes – enquanto privilegiam o sentimento público mais do que o racionalismo burocrático como uma importante força motriz da punição.<sup>148</sup>

Destarte, no lugar dos posicionamentos dos especialistas penais, ganhou voz o público leigo. Tal participação coloca em cheque os princípios norteadores do pensamento penal moderno, que serviam de preservação ao desenvolvimento das garantias penais.

Como resultado, uma grande maioria das presunções presentes no pensamento penal modernista e agiram como salvaguardas do desenvolvimento penal estão propensas a ser eliminadas. Por exemplo, a presunção de que as taxas de reincidência fornecem algum tipo de teste científico da efetividade de uma dada sanção penal; ou que os objetivos de uma dada sanção sejam na verdade capaz de reduzir condenações, como se a divulgação de taxas de recondenação, ao modo de uma cruz mostrada a Dráculo, fosse o suficiente para evitar propostas penais que se desviem de tal padrão. O que vemos agora, no entanto, é um diferente conjunto de forças começando a organizar a estrutura penal: o teste da efetividade penal está se tornando associado ao potencial da sanção para incapacitar ou infamar. (...) **Antes de tentar conceber novas sanções que alcançariam melhores resultados em termos de recondenação, como se uma sanção pudesse ter validade ou invalidade por esse teste, essas recomendações são simplesmente entendidas como um sinal de um particular caráter irredimível do indivíduo, conduzindo-o então para seu possível desaparecimento em um dos “gulags de estilo ocidental” que as novas leis penais permitem.**<sup>149</sup>

Ao contrário do sustentado pela criminologia atuarial, a aparente humanidade e racionalidade da punição moderna camuflavam uma mais intrusiva e extensa modalidade de controle social, baseada em táticas de disciplina e vigilância.

<sup>147</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 153.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 153

<sup>149</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 153-154. Nosso grifo.

Derradeiramente, Pratt destaca que ao caracterizar algumas iniciativas penais como “pós-modernistas”, não se trata de uma rotulação definitiva, pois, se este é o caso, ainda está em sua fase embrionária. Utilizou essa classificação como forma de capturar a distinção da nova punitividade.

Como tal, na perspectiva de avançar nossa compreensão sobre as completas implicações dessas mudanças, acredito ser possível distinguir aqui o caso pós-modernista; por corolário, continuar a localizar a nova punitividade no interior da modernidade [Garland] é talvez subestimar sua completa força e potencial. Se os argumentos, as opiniões e as possibilidades exibidos aqui provarem, ou não, estar corretos, permanece o caso, com certeza, de que a punição não somente reflete os valores sociais, mas também nos informa sobre eles. Certamente, as novas iniciativas penais estão nos dando inúmeras mensagens e indicadores sobre o tipo de sociedade em que agora vivemos.<sup>150</sup>

Ante o exposto, as teorias sistêmicas que buscam relegitimar o poder punitivo (em defesa ao paradigma carcerário), sucumbem perante os argumentos das teorias de deslegitimação da pena. Não há justificativas teóricas ou práticas que apresentem qualquer benefício do uso da pena de prisão. De toda sorte, é inegável que existe uma força considerável das políticas criminais e da população em tentar manter o paradigma, apesar dessa ausência de utilidade/eficiência. Voltam-se ao simbolismo que ela representa – a sensação de algo está sendo feito. Entretanto, sobre esse caráter simbólico que desempenha o direito penal, urge destacar que:

O estado não pode intervir quão violentamente na vida dos cidadãos a pretexto de infundir um sentimento de segurança jurídica, pois a intervenção penal, por encerrar as mais contundentes e lesivas manifestações sobre a liberdade das pessoas, não pode ter lugar senão em situações de absoluta necessidade e adequação. Não pode, enfim, o direito penal fundar-se num simbolismo que, iludindo os seus destinatários por meio de uma fantasia de segurança jurídica, encubra, por meio de uma solução barata, e, não raro, demagógica (a edição de leis penais ou o aumento do seu rigor), as raízes dos problemas sociais subjacentes a toda manifestação delituosa, sobretudo quando se sabe que a intervenção penal é uma intervenção sintomatológica e não etiológica, pois atinge os problemas sociais em suas consequências e não em suas causas. Daí se dizer que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos.<sup>151</sup>

<sup>150</sup> PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 155.

<sup>151</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 56.

## CONCLUSÃO

Após o encerramento dessa pesquisa, é possível concluir que a crise do paradigma carcerário se encontra num estado bastante crítico. Suas causas são bastante complexas, o que torna mais difícil a compreensão e, conseqüentemente, propor soluções. É de se admitir, portanto, que a hipótese inicialmente levantada não se encerra aqui nestas poucas páginas. As feridas do cárcere permanecem expostas, e qualquer diagnóstico que se formule a respeito de qual será seu quadro clínico nos próximos anos, será apenas uma hipótese que poderá ou não ser confirmada.

De toda sorte, é possível concluir que a falência do paradigma carcerário já está decretada por inúmeras razões, conforme ilustra Zaffaroni:

As prisões são sempre reprodutoras. São máquinas de fixação das condutas desviantes. Por isso devemos usá-las o menos possível. E, como muitas prisões latino-americanas, além disso, estão superlotadas e com altíssimo índice de mortalidade, violência etc., são ainda mais reprodutoras. O preso, subjetivamente, se desvaloriza. É um milagre que quem egresso do sistema não reincida.<sup>152</sup>

Desse modo, viu-se que a pena privativa de liberdade é incapaz de cumprir com suas promessas. Não desestimula comportamentos criminosos, seja atuando sobre a generalidade dos indivíduos, seja dirigida ao ânimo daqueles que já incorreram em algum delito. Ao contrário, fomenta a reincidência e violência. Não contribui na resolução dos conflitos. Não ressocializa, antes embrutece a personalidade do interno e agrava sua inabilidade de conduzir sua própria vida. Tamanho é o descrédito e as falhas no sistema penal, que sequer tem serventia para reforçar à fidelidade dos cidadãos à ordem constituída.

Nesse descortino, Juarez Tavares, ao proferir uma palestra sobre a maioria penal, afirmou que o encarceramento de adolescentes envolvidos em atos violentos “não irá implicar a diminuição do número de infrações, irá apenas satisfazer sentimentos de vingança”<sup>153</sup>. Enfatizou o criminalista:

<sup>152</sup> *Entrevista: Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter.* Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/64845/%22cada+pais+tem+o+numero+de+presos+que+decide+politica+mente+ter%22+diz+ministro+do+supremo+argentino.shtml>>. Acesso em 14 fev 2014

<sup>153</sup> *Menores infratores merecem mais ECA e menos Código Penal, diz Juarez Tavares.* Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112695](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112695)> Acesso em 14/12/2013.

Para menores infratores, sugiro mais assistência, mais educação, mais recuperação, mais estatuto e menos Código Penal.

Apesar de todos os esforços de programas com modelos punitivos, o resultado que se tem obtido é a formação de delinquentes e não a recuperação.

Antes de qualquer modificação legislativa, é fundamental que se invista em programas de acompanhamento de crianças e adolescentes. O combate à criminalidade juvenil está mais ligado a uma efetiva atuação do estado, da família, da escola e da sociedade do que a modelos punitivos, que só têm aumentado a violência.<sup>154</sup>

Ferrajoli, da mesma forma, reconhece que a pena não soluciona os conflitos. O único critério de subsistência, segundo ele, seria sua utilidade para evitar uma hipotética vingança, entretanto, sequer esse argumento é válido, uma vez que o renascimento dos “justiceiros”, agindo sob a forma de autodefesa punitiva, se dá precisamente em contextos onde o sistema penal funciona a todo vapor, conforme destacado por Hulsman e, inclusive, ilustrado com recente caso ocorrido no Rio de Janeiro.

Por conseguinte, em contraponto com as teorias de deslegitimação, a proposta sistêmica de relegitimação do paradigma afirma que a pena possui a função preventiva de proteger as interações sociais. Pressupõe a necessidade de restabelecer a norma, sem questionar a necessidade da pena. Transgride, dessa forma, os limites e garantias liberais.

Perdem-se os referenciais extrajurídicos como delimitação da resposta penal, não sendo decisivo o homem, mas o sistema, desde que idônea à estabilização da norma a intervenção penal será sempre legítima, independentemente de seu conteúdo ou de sua justeza.<sup>155</sup>

Com efeito, conforme já destacado, ao reduzir o indivíduo a um subsistema físico e psíquico, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social, a teoria sistêmica se aproxima inevitavelmente aos modelos de direito penal máximo e ilimitado, atuando de forma indiferente à tutela da pessoa humana.

Portanto, a criminologia atuarial, como um todo, é incapaz de demonstrar a preferência pela pena privativa de liberdade em detrimento de outros métodos – talvez mais eficazes – de resolução de conflitos. Seu foco, direcionado na melhor forma de administrar o risco, é incompatível com o direito penal mínimo garantista, compactuando-se com modelos autoritários. Permite aplicar punições por tempo indeterminado ao argumento de minimizar o

<sup>154</sup> Menores infratores merecem mais ECA e menos Código Penal, diz Juarez Tavares. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112695](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112695)> Acesso em 14/12/2013.

<sup>155</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 52

risco para a sociedade, entretanto essa justificativa não soluciona os malogros do paradigma carcerário, apenas os ignora. Se não bastasse, inexistente método científico que seja capaz de atestar com precisão a periculosidade futura de um indivíduo.

Dessa forma, o argumento das teorias atuariais – de que em não havendo ajuda efetiva para os infratores, a única resposta prática e racional é retirá-los de circulação – é incompatível com o Estado Democrático de Direito, e, mormente, não soluciona a crise do paradigma.

Nesse viés, as medidas alternativas podem desempenhar alternativas genuínas ao paradigma, desde que aplicadas como medida principal. Acontece que no panorama atual exercem nítida função assessória. São aplicadas dentro do parâmetro de racionalidade do paradigma carcerário. A pena por excelência permanece sendo a prisão. Consegue, dessa forma, manter o paradigma carcerário em pé. Por outro lado, é possível depreender que o advento das medidas alternativas representa uma tentativa – ainda que em grande parte frustrada – de solucionar os problemas do paradigma dominante.

Deste modo, os fundamentos de relegitimação do paradigma carcerário são inconsistentes e incapazes de refutar as críticas formuladas pelos teóricos da linha de deslegitimação. O paradigma dominante, portanto, está em colapso. As tentativas de emendá-lo são infecundas e não obtêm grandes avanços. Por outro lado, apesar dessas constatações, a bem da verdade é que o paradigma carcerário ainda possui muitos adeptos. Em cada episódio de crime bárbaro, as vozes por penas mais severas ecoam com mais intensidade. É possível concluir que os defensores do paradigma satisfazem com sua vigência ao argumento automatizado de que nada resolve, contentando-se com a ideia de pena enquanto retribuição. A racionalidade da punição está naturalizada em nossa compreensão dos fatos.

Consoante o ensinamento trazido por Álvaro Pires, o sistema penal exerce um condicionamento na nossa forma de ver a realidade, apenas quando tentamos pensá-lo de outra forma, é que tomamos consciência disso. O paradigma carcerário tornou-se um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa”<sup>156</sup>.

No mesmo rumo, Howard Zerk destaca que:

---

<sup>156</sup> PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos, CEBRAP. N. 68, março 2004, p. 40.

A partir do momento em que descrevemos dado acontecimento ou comportamento como crime, passamos a definir a realidade de modo bastante diferente, em termos que podem não corresponder à vivência dos participantes. O paradigma retributivo cria sua própria realidade. *Nos dias de hoje* a ofensa é contra o Estado, que determina como reagimos a ela. A punição e não a solução ou acordo é vista como o resultado apropriado. A responsabilidade se torna absoluta em termos de culpa ao invés de dívida. Os resultados da ação são impostos como pouca participação da vítima e do ofensor. O paradigma retributivo abarca tudo, moldando nossa percepção do que pode e deve ser feito.<sup>157</sup>

Apenas para demonstrar através de caso recente, na sexta-feira, dia 14 de fevereiro, aqui em Brasília, uma manicure foi vítima de racismo praticado por uma Australiana. Na oportunidade, a australiana declarou que não queria ser atendida pela moça negra, e que desejava ser atendida por outra funcionária com cabelo de mechas mais claras. Ao rebater as ofensas, a estrangeira verbalizou: “eu não entendo porque gente da sua cor, dessa sua raça ruim acha que tem direito de falar comigo”<sup>158</sup>. A jovem foi presa em flagrante, mas no dia seguinte sua prisão foi relaxada por ocasião da impetração de um habeas corpus. O crime ganhou repercussão na mídia, e, como de praxe, exigem uma resposta do legislativo. Certamente, na reação imediata do legislador, o senador João Caperibe, especificamente, enfatizou: “deve haver um endurecimento no Código Penal para não permitir o relaxamento de prisão preventiva em caso de flagrante em delitos raciais”<sup>159</sup>.

Qual seria a explicação desse apelo recorrente ao Direito Penal por penas mais severas? Como conceber que apesar da falência do paradigma carcerário, ele consegue manter-se em pé? Uma resposta, sob a ótica do exposto nessa pesquisa, seria que os indivíduos e instituições não querem abandonar o paradigma porque desconhecem ou ignoram que existe/possa existir outros métodos eficazes de resolução de conflitos. Pois, conforme destaca Kuhn, a crise do paradigma se torna evidentemente séria quando surge um paradigma rival. E já existem alguns paradigmas rivais com propostas mais eficientes na solução de conflitos, entretanto essas iniciativas são ainda incipientes. Tais paradigmas estão na batalha para enfrentar a resistência do paradigma dominante e ganhar posicionamento e confiança.

Não serão apresentados esses novos paradigmas nesta pesquisa, pois se perderia o foco almejado, contudo é conveniente pontuar a existência das propostas da justiça

<sup>157</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 86.

<sup>158</sup> *Australiana presa por racismo em Brasília é liberada após habeas corpus*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/distrito-federal/australiana-presa-por-racismo-em-brasilia-e-liberada-apos-habeas-corpus-17022014>>. Acesso em: 17 fev 2014.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

restaurativa<sup>160</sup>, mediação penal<sup>161</sup>, dentre outras<sup>162</sup>. Destaca-se, inclusive, que já foram implantados núcleos de prática em justiça restaurativa aqui no Brasil<sup>163</sup>, nas cidades de Brasília, Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais e Maranhão.

Dessa forma, verificando-se a decadência do paradigma carcerário e que as tentativas de ajustá-lo são estéreis, este modelo será substituído por outro mais eficiente. Quando isso ocorrerá, não há como prever. Pode levar anos, décadas ou até centenas de anos para o momento de sua extinção ou, ao menos, para sua incidência ser drasticamente reduzida. Esta é a conclusão encontrada através dessa pesquisa. Seria pouco provável concluir pela permanência do paradigma, em razão da total ausência de justificação racional, dogmática e prática. Conforme assinalado por Patt O'Malley, acerca do endurecimento das práticas penais que remetem ao período medieval:

Esses artefatos não substituirão as instituições da punição moderna. O que eles farão é prover, mediante nostalgia, uma infusão de significações para práticas que não podem mais encontrar sustento em referentes reais externos.<sup>164</sup>

Álvaro Pires, por sua vez, esclarece:

Um tal distanciamento crítico exige a possibilidade teórica de apresentar a configuração efetiva desse sistema como uma possibilidade entre outras de atualização do sistema, e não necessariamente a mais feliz.<sup>165</sup>

<sup>160</sup> Cf.; ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008; ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa*. Jornal zero hora, Porto Alegre, 25, jan. 2004; MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora*. In: SLAKMON, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNU, 2005; BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989; GERRY and VAN NESS, Daniel W. *Handbook of restorative justice*. Cullompton, UK, Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

<sup>161</sup> Cf. *Programa de mediación y reparación en la justicia penal*. Generalitat de Catalunya Departament de Justiça. Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Jovenil. Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives. Mayo, 2003. SAN MARTÍN LARRINOVA, María Begoña. *La mediación como fórmula de tratamiento de conflictos penales e sociales*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, nº 11, Extraordinario, diciembre, 1997.

<sup>162</sup> Cf. CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2002; MARSHALL, Christopher. *Beyond retribution: a new testament vision for justice, crime and punishment*. Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2001; MARSHALL, Christopher, *The little book of biblical justice*. Intercourse: Goog Books, no prelo. HEDLEY, Michael. *The spiritual roots of restorative justice*. Albany: State University of New York press, 2001.

<sup>163</sup> Cf. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula., *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009; RAUP, Mariana e BENEDETTI, Juliana Cardoso. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*. Revista Última Ratio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, nº 1.

<sup>164</sup> O'MALLEY, Pat. *Punição contraditória e volátil*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 110.

<sup>165</sup> PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos, CEBRAP. N. 68, março 2004, p. 43.



Nesse contexto, Howard Zehr enfatiza que aplicamos o paradigma retributivo somente em situações muito específicas, sendo que este é apenas uma das diversas formas de resolver disputas e prejuízos. “Muitos conflitos e danos acontecem todos os dias, mas lidamos com a maioria deles de modo informal ou extrajudicial. Somente uma ínfima minoria desses conflitos adentram o sistema judicial.”<sup>166</sup>

Na concepção de Zaffaroni, “é possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor inútil e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos”.<sup>167</sup>

Ou ainda, conforme as anotações de Randy Barnett: “eu sugiro que essa crise pode ser resolvida pela adoção de um novo paradigma de justiça criminal restaurativa”.<sup>168</sup>

Diante o exposto, afirma-se que o paradigma dominante é uma resposta aos problemas da sociedade cada vez mais carente de sentido e que produz um custo de sofrimentos não compensáveis. Por isso, é sensato concluir que em algum momento ele será eliminado.

Chegará o dia em que o apelo em manter o paradigma carcerário não será mais visto como suficiente para controlar o crime, ou conferir a segurança adequada a um público sedento por punição. Certamente, a mudança dos paradigmas ocorrerá paulatinamente. Por um lado, o descrédito na pena privativa de liberdade está se alastrando, e, por outro, novos métodos mais adequados para lidar com o crime estão aparecendo. Portanto, a falência do paradigma atual é evidente. Sua substituição por outro modelo é apenas questão de tempo.

---

<sup>166</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 84

<sup>167</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 159.

<sup>168</sup> BARNETT, Randy E.. *Restitution: A new paradigm of criminal justice*. Disponível em: <<http://randybarnett.com/restitution.html>>. Acesso em 28 de fev 2013. Tradução livre.

## REFERÊNCIAS

BARNETT, Randy. *Restitution: A paradigm of criminal Justice*. Perspectives on crime victims, eds. Burt Galaway e Joe Hudson “St. Louis: C. V. Mosby CO., 1981.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir?* Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BLAGG, H. *A Just measure of shame*. British Journal of criminology, n. 37, 1997.

BOTTOMS, Anthony. *Neglected features of contemporary penal systems*, 1983. In: GARLAND, David; YOUNG, Peter (Ed.). *The power to punish*. London: Heinemann.

BRAITHWAITE, John. *Conferencing and plurality*. British journal of criminology, 37, p. 502-506. Apud PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

\_\_\_\_\_. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2002.

CHALMERS, Alan Francis. *O que é ciência, afinal?* São Paulo: Brasiliense. 1999/2000.

CHRISTIE, Nils. *Images of Man in Modern Penal Law*. Springer. Contemporary Crises: law, crime and social Policy, V. 10, n. 1, 1986.

COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and classification*. Oxford: Polity Press, 1985.

EL TASSE, Adel. *Teoria da pena*. Curitiba: Jaruá, 2003.

FEELEY, Malcon. SIMON, Jonathan. *A nova penologia, notas sobre a emergente estratégia correcional e suas implicações*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2010.

FERRERABEND, Paul Karl. *Consolando o Especialista*. In. LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan (org.) *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix.

Garland, David. Os limites do Estado soberano: estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

\_\_\_\_\_. *Penal modernism and postmodernism*, 1995. In: BLOMBERG T.; COHEN, S. (ed.) *Punishment and social control: essays in honour of Sheldon messenger*. New York: Aldine de Gruyter.

GERRY and VAN NESS, Daniel W. *Handbook of restorative justice*. Cullompton, UK, Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

*História do Brasil. Governo Collor de Mello (1990-1992); presidente renuncia*. Disponível em: < <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/governo-collor-de-mello-1990-1992-presidente-renuncia.htm>>. Acesso em 14 fev 2014.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. 2ª ed. Luam, Rio de Janeiro, 1997.

JAKOBS, Gunter. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de La imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, James B. *Stateville: the penitentiary in mass society*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

KUHN, Thomas S. *A Teoria Das Revoluções Científicas*. São Paulo: Lançamento, 2010

\_\_\_\_\_. *Lógica da descoberta ou Psicologia da Pesquisa?* In. LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan (org.) *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre meus críticos*. In. LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan (org.) *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix.

LAZO, Gemma Nicolás. *La desembocadura en la sociedad de riesgo: su marco teórico europeo*, 2005. In: BIERAS, Iñaki Ribeira (org.) *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, Anthropos.

LESHAN, Lawrence e MARGENOU, Henry. *Eistein's space and van gogh's sky: physical reality and beyond*. Nova York: Collier Books, 1982.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, Munique, 1972; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983; *Stato didiritto e sistema sociale*, Nápoles, 1978.

Mariana e BENEDETTI, Juliana Cardoso. *A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre*. Revista Ultima Ratio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ano 1, nº 1.

MARSHALL, Christopher. *Beyond retribution: a new testament vision for justice, crime and punishment*. Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2001.

\_\_\_\_\_, *The little book of biblical justice*. Intercourse: Goog Books, no prelo.

HEDLEY, Michael. *The spiritual roots of restorative justice*. Albany: State University of New York press, 2001.

MATHIESON, Thomas. *The future of control systems – the case of Norway*. In: GARLAND, David; YOUNG, Peter (Ed.). *The power to punish*. London: Heinemann. REICHMAN, Nancy. *Managing crime risks: toward a insurance based model of social control*. *Research in law, deviance and social control*, 1986.

MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora*. In: SLAKMON, C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUS, 2005.

O'MALLEY, Pat. *Punição contraditória e volátil*. In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRATT, John. *O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna?* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

*Programa de mediación y reparación en la justicia penal*. Generalitat de Catalunya Departament de Justiça. Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Jovenil. Subdirecció General de Medi Obert i Mesures Penals Alternatives. Mayo, 2003.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Sequência, Florianópolis. Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, ano XXVI, v. 27 n.52, jul. 2006.

PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o público e os Direitos Humanos*. Novos Estudos, CEBRAP. N. 68, p. 39-60, mar. 2004.

PARSONS, Talcott, *The social System*, Nova Iorque, 1966.

PASUKAINS. *A teoria geral do delito e marxismo*. Perspectiva Jurídica, Lisboa, 1972, p. 163. FOUCAULT. *Vigiar e Punir*. Vozes, 1977, p. 207 apud SANTOS, Juarez Cirino dos.

*Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.* Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 23. Lisboa: Vega, 1998. 3ª ed.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.* Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

SAN MARTÍN LARRINOA, María Begoña. *La mediación como fórmula de tratamiento de conflictos penales e sociales.* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, nº 11, Extraordinario, diciembre, 1997.

SIMON, Jonathan. They died with their boots on: the boot camp and the limits of modern penality. *Social Justice*, 22 (1), 1995, p. 25-29 *apud* O'MALLEY, Pat. *Punição contraditória e volátil.* In: CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S (org). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição.* Belo Horizonte: UFMG, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral, Volume 1*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça.* São Paulo: Palas Athena, 2008.