



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

TALYSSON TEODORO TRAVASSOS SANCHEZ
ROJAS

JURIDICIDADE PENAL E(M) CRISE:
PENSAR O ABOLICIONISMO PENAL EM TEMPOS
DE PERPLEXIDADE

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (Conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação da Professora Dra. Cláudia Maria Cruz Santos

Coimbra, 2021



JURIDICIDADE PENAL E(M) CRISE:

Pensar o Abolicionismo Penal em Tempos de Perplexidade

CRIMINAL JURIDICITY AND/IN CRISIS:

Thinking on Penal Abolitionism in Times of Perplexity

Talysson Teodoro Travassos Sanchez Rojas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação da Professora Dra. Cláudia Maria Cruz Santos.

Coimbra, 2021

Do not go gentle into that good night,
Old age should burn and rave at close of day;
Rage, rage against the dying of the light.

Though wise men at their end know dark is right,
Because their words had forked no lightning they
Do not go gentle into that good night.

(Dylan Thomas – Do not go gentle into that good night)

AGRADECIMENTOS

Agradecer e não incorrer em algum grau de injustiça é tarefa altamente improvável. Assim limito-me a não citar nomes, mas em citar os motivos pelos quais agradeço...

Àquele(a)s que me proporcionaram a existência concreta de aqui estar produzindo Ciência e Filosofia em momentos como estes que se fazem ainda mais importantes;

Àquelas pessoas que se mostraram presentes mesmo pedindo nada em troca, exercendo o que há de mais belo na convivência humana;

Àquele(a)s que se dispuseram a trocar ideias cotidianamente e realizar o verdadeiro sentido da Universidade: debater, debater e debater mais e mais ideias...

A tudo aquilo que tropeçou meu caminho fazendo-me incorrer em caminhos desconhecidos, desde à Filosofia ao Direito Penal;

Às pessoas concretas que fizeram-me mudar os caminhos e a exercer o que hoje agradeço como o que há de melhor por viver: caminhar pelo escuro e arriscar a um destino-sem-fim;

Às instituições de ensino que me acolheram e todos aqueles e aquelas que dentro de tais instituições demonstraram interesse em ajudar-me a chegar cá;

A toda família de amigos dos dois lados do Atlântico.

RESUMO

O atual estado do pensamento jurídico e criminológico apresenta um quadro geral de disrupturas e pluralidades, perante as quais uma continuidade jurídico-penal demonstra-se uma tarefa árdua. Diante disto, interpela-se um panorama de Perplexidade a partir da qual emergem proposições alternativas à Justiça Criminal e até ao Direito. Esta fragilidade e crise requer um tratamento, pelo qual analisa-se juridicamente o Abolicionismo Penal. O problema que norteia a presente pesquisa diz respeito à estruturação dos saberes penais propriamente dito, entre Juridicidade-Penal, Abolicionismo e Dogmática Penal, procurando tentar responder à questão se há uma total incompatibilidade entre as pressuposições destes pensamentos ou se acaso há a possibilidade de um diálogo. Assim, dentre os objetivos traçados, tem-se a identificação dos Pressupostos Teóricos destes pensamentos, bem como de suas respectivas Expressões Criminológicas; a análise de Pontos Cegos em cada lado destas mesmas Expressões; contraposição entres os Pensamentos e, por fim, a construção da possibilidade de diálogo a partir da relação entre as críticas abolicionistas, as intencionalidades jurídicas e os pontos cegos do direito. No primeiro capítulo efetuou-se uma releitura acerca dos Pressupostos Criminológicos, em especial o abolicionismo e o atual estado actuarial. O segundo capítulo abordou a Desconstrução de Jacques Derrida e o sentido do Direito em Castanheira Neves, bem como a proposta de reconstrução da Jurisdição Penal em Antoine Garapon e em Pedro Caeiro. No terceiro capítulo, um tentativa de síntese do abolicionismo, seguido de um tratamento jurídico dado às limitações do pensamento abolicionista, da mesma forma que um *link* foi efetuado entre as críticas abolicionistas e três pontos que rondam ainda o Direito Penal. Pretendeu-se, ao final do trabalho, demonstrar a importância em insistir na tentativa de diálogo entre os distintos Terrenos plurais que interpelam este incipiente século XXI, dentro do qual uma tentativa de reconstrução jurídica demonstra-se imperativo.

Palavras-chave: Juridicidade; Abolicionismo Penal; Perplexidade; Pontos Cegos; Responsabilidade.

ABSTRACT

The current state of legal and criminological thinking presents a general picture of disruptions and pluralities, in face of which a criminal-legal continuity proves to be an arduous task. In view of this, a panorama of Perplexity emerges from which alternative propositions to Criminal Justice and even Law emerges. This fragility and crisis require a treatment, through which Penal Abolitionism is juridically analysed. The problem that guides this research concerns the structuring of criminal knowledge itself, between Criminal Law, Abolitionism and Criminal Dogmatics, trying to answer the question whether there is a total incompatibility between the Assumptions of these thoughts or whether there is a possibility of a dialogue. Thus, among the outlined objectives, there is the identification of the Theoretical Assumptions of these thoughts, as well as their respective Criminological Expressions; the analysis of Blind Spots on each side of these same Expressions; opposition between Thoughts and, finally, the construction of the possibility of dialogue from the relationship between abolitionist criticisms, legal intentions, and the blind spots of law. In the first chapter a re-examine of the Criminological Assumptions was carried out, in particular abolitionism and the current actuarial state. The second chapter addressed Jacques Derrida's Deconstruction and the sense of Law in Castanheira Neves, as well as the proposal for the reconstruction of the Criminal Jurisdiction in Antoine Garapon and Pedro Caeiro. In the third chapter, an attempt to synthesize abolitionism, followed by a legal treatment given to the limitations of abolitionist thought, in the same way that a link was made between abolitionist criticisms and three points that still surround Criminal Law. It was intended, at the end of the work, to demonstrate the importance of insisting on the attempt at dialogue between the different plural Lands that challenge this incipient 21st century, within which an attempt at legal reconstruction proves to be imperative.

Key-words: Juridicity; Penal Abolitionism; Perplexity; Blind Spots; Responsibility;

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	17
APROXIMAR FILOSOFIA E CRIMINOLOGIA POR QUÊ? OU DAS PRESSUPOSIÇÕES FILOSÓFICAS ÀS EXPRESSÕES DOS SABERES CRIMINOLÓGICOS	17
1.1 A relação entre fundamento filosófico e estruturação dos saberes penais	17
1.2 Formação do saber penológico: Expressões Criminológicas a partir dos Pressupostos Teóricos	21
1.2.1 Expressões criminológicas do processo de racionalização no Estado Absolutista	21
1.2.1.1 A Universidade e a formação do saber penal.....	22
1.2.2 Expressões criminológicas no Iluminismo: um humanista ou <i>um</i> [primeiro] abolicionista penal...?	23
1.2.3 Expressões criminológicas no Positivismo: a construção do delinquente	26
1.2.4 Expressões criminológico-abolicionistas: as diferentes correntes, suas Pressuposições e Expressões [em especial materialistas, fenomenológicas, genealógicas]	28
1.2.4.1 Os pressupostos [P] da corrente abolicionista-materialista: o papel do <i>inacabado</i> , da <i>contradição</i> e da <i>competição</i> em Thomas Mathiesen [E]	28
1.2.4.2 Os pressupostos das correntes abolicionista-fenomenológicas	30
1.2.4.3 Os pressupostos da corrente abolicionista-genealógica em FOUCAULT: as <i>rupturas</i> fundamentais, o papel da <i>oposição</i> e a justiça na pós-modernidade	32
1.2.4.3.1.1 As <i>rupturas</i> fundamentais: (1) negar o poder centrado na repressão.....	36
1.2.4.3.1.2 As <i>rupturas</i> fundamentais: (2) negar o poder centralizado no Estado	36
1.2.4.3.1.3 As <i>rupturas</i> fundamentais: (3) negar a subordinação do poder à economia	38
1.2.4.3.1.4 As <i>rupturas</i> fundamentais: (4) negar o humanismo.....	39
1.2.4.3.2 O papel da <i>oposição</i> na constituição genealógica do abolicionismo em FOUCAULT	44
1.3 Estado Neoliberal, Atuarialismo, a «Gestão dos Riscos»: Novos Pressupostos ou ameaças ao Pensamento e/ou às Práticas Restaurativas?.....	46
1.3.1 O Neoliberalismo enquanto Pressuposição: a Nova Razão do Mundo e o Estado Penal	46
1.3.2 Política Criminal Atuarial e o pensamento criminológico do século XXI	47
1.3.3 Pensar <i>uma</i> ética da juridicidade penal? Confrontando o Pressuposto Neoliberal e a Política Criminal Atuarial na emergência da Justiça Restaurativa	49
1.4 Uma Síntese Parcial – refletir sobre os pressupostos teóricos.....	54

CAPÍTULO II	56
ABOLICIONISMO PENAL ENTRE DESCONSTRUÇÃO E JURIDICIDADE –	56
2.1 Ouvir a Jacques Derrida: Pensar a (meta)Ética ou Justiça como Desconstrução	56
2.1.1 Brevíssima introdução ao Idioma Filosófico da Desconstrução	56
2.1.2 Desconstrução e o problema do Outro	58
2.1.2.1 Desconstrução e Tercialidade	58
2.1.2.2 Desconstrução e Emancipação	59
2.1.3 Desconstrução, Direito e Justiça	60
2.1.3.1 Do Direito à Justiça...Da justiça ao Direito	60
2.2 Ouvir a António Castanheira Neves: [pela não supressão] do Direito <i>enquanto</i> <i>Direito</i>	67
2.3 O Saber Jurídico-Criminológico entre o Projeto da Modernidade e a Crítica Pós- Moderna [Pp]	69
2.3.1 Mapeando o terreno entre Paradigmas	69
2.3.2 Punição, Sujeito e Democracia: a quem punir?	71
2.3.3 Síntese Parcial – Construção de novos Pressupostos (nP) Jurídico-Criminais <i>dentro</i> do Estado de Direito <i>Material</i> a partir da observância da crítica abolicionista	74
CAPÍTULO III	76
DAS EXPRESSÕES DA POLÍTICA CRIMINAL E DA POLÍTICA DA CRIMINOLOGIA –	76
3.1 O Pensamento Abolicionista Penal: Eixos-Fundamentantes e Limites juridicamente fundamentados	76
3.1.1 Mapear <i>uma</i> unidade no terreno da pluralidade discursiva: os eixos dos abolicionismos	76
3.1.2 Pontos Cegos do Pensamento Abolicionista Penal	78
3.1.2.1 Críticas Dogmático-Penais ao Pensamento Abolicionista Penal	78
3.1.2.1.1 Problemas de delimitação do alcance: o fator <i>Punição</i>	78
3.1.2.1.2 Problemas de delimitação do alcance: o fator <i>Autonomia das Partes</i>	80
3.1.2.1.3 Problemas de delimitação do alcance: o fator <i>Nova Fenomenologia do</i> <i>Crime</i>	81
3.1.2.1.3.a Globalização e Delitos Econômicos	82
3.1.2.1.3.b Delitos sem vítimas	83
3.1.2.1.3.c Delitos digitais e especial consideração sobre a problemática das « <i>Fake</i> <i>News</i> »	84
3.2 O Momento de Disjunção: o <i>exercício de suspeita</i> e a convocação da <i>Desconstrução</i>	86

3.2.1 Uma Política da Criminologia.....	87
3.2.2 Criminologia enquanto Desconstrução	88
CAPÍTULO IV	90
DAS EXPRESSÕES DA JURIDICIDADE CRIMINAL –	90
OS PONTOS CEGOS DO DIREITO PENAL	90
4.1 Radicalizar a Pena Privativa de Liberdade [Eap]: <i>Standards</i> de Justiça enquanto Pressuposição	90
4.1.1 Um certo sentido abolicionista enquanto Pressuposto da Juridicidade Moderno-Penal: o caso da pena de morte.....	90
4.1.2. Pensar com/a Responsabilidade: Pontos Cegos do Moderno Pensamento Jurídico-Penal.....	95
4.1.2.1 O Elo esquecido do Pensamento juridificante da Modernidade-Penal ou do Papel da Vítima na Teoria da Pena [<i>Ponto cego α</i>]	96
4.1.2.1.1 Fundamentação Ético-Jurídica: dos critérios da Preponderância e da Afetação	100
4.1.2.1.2 A Fundamentação da Faculdade de Julgar pelo Coletivismo Normativo ...	101
4.1.2.1.3 A Fundamentação da Faculdade de Julgar pelo Individualismo Normativo	103
4.1.2.1.4 A Vítima <i>na</i> Teoria da Pena: ruptura teórica ou pluridimensionalidade?..	106
4.2 Exigibilidade Material para Condenação à Pena Privativa de Liberdade [Expressão da Tutela Material]	112
4.2.1 A Tese da Exequibilidade Humanitária [E] no contexto de <i>perplexidade/Perplexidade</i> da Prisão-de-Lata: o Pressuposto [P] da Inexorabilidade da Prisão [<i>Ponto cego β</i>].....	116
4.2.1.1 A <i>Responsabilização</i> do Estado-Garante pelo incumprimento da tutela material ao bloco da Fundamentalidade de Direitos do recluso: análise jurisprudencial nos ordenamentos da República do Peru e da República da Colômbia	119
4.2.1.1.1 Apreciação Crítica sumária à categoria <i>Estado de Coisas Inconstitucional</i> (ECI)	122
4.2.1.1.2 O Ordenamento Jurídico brasileiro e a Justiciabilidade do critério de Exigibilidade da dimensão material da Execução da Pena [E].....	124
4.2.1.1.3 A Exigibilidade da dimensão material da Execução da Pena à luz da Proibição de Excesso e da Garantia do Conteúdo Essencial.....	128
4.2.1.1.4 A Exigibilidade da Execução Humanitária na jurisprudência dos Estados Unidos da América – especial consideração ao caso <i>Brown v. Plata</i>	130
4.2.1.1.5 Apreciação Crítica da perplexidade da <i>Prisão-de-Lata</i> no Brasil – remissão para síntese-propositiva	131

4.3 A relação entre Justiça Social e Justeza Material: ponto cego da jurisprudência em solo (norte/sul)-americano – Preterição da Seletividade [<i>Ponto cego γ</i>]	134
4.3.1 Brevíssimo Quadro-Geral da perplexidade da Seletividade Penal	134
4.3.2 A Crítica do Abolicionismo Constitucional – ou do Papel Sócio-Histórico das Prisões	135
4.3.2.1 Consideração Crítica do caso <i>Flowers v. Mississippi</i> – abolicionismo como critério?	138
4.3.3 A Dimensão da Justeza Material – Da <i>Justiça</i> à <i>Justeza</i> ou do Papel da Correção Autônoma do Direito [E]	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
BIBLIOGRAFIA	145
JURISPRUDÊNCIA	156
OUTROS DOCUMENTOS	157

INTRODUÇÃO

ESTADO ATUAL DA ARTE

Pensar o abolicionismo penal atualmente pode ser uma tarefa contraproducente, por várias razões. Primeiramente, propor ou refletir em um mundo de pluralismos de pautas sobre a radical decisão de «abolir o penal» – o que quer que se queira dizer com este termo – parece uma atitude *totalizante* ou *inconsequente*. Totalizante posto que dá uma única resposta para problemas tão diversos, com desníveis de intensidade de repercussão e visibilidade social, pressupondo que uma dada abolição poderia retirar a importância daquilo que se queira ver enaltecido pela tutela penal. Inconsequente, por outro lado, posto que ao retirar um fundamental recurso à serviço do Estado, parece deixar a sociedade sem a égide da jurisdição penal, ou, talvez pior, parece relegar o direito à feridas abertas. Acaso isto seja verdade, o pensamento abolicionista é, além de autoritário, contraditório. Contudo, não diverso parece ser também o caso de se pensar o sistema de justiça criminal, cujo fundamento parece estar sempre no estopim do aceitável, apesar de sê-lo tão ou mais autoritário e incongruente, sobretudo quando seu principal instrumento de atuação é, não só o mais repressivo, como também o mais vastamente utilizado na execução penal.

Apesar disso, o pensamento abolicionista parece ter sofrido um recuo «*the times are no longer with us*»¹, de modo que todo o mundo ocidental experimenta uma expansão do sistema prisional², seja nas Américas, seja na Europa, de modo que inclusive países que possuíam um histórico de baixas taxas de encarceramento, como a Holanda³, que sustentava

¹ MATHIESEN, Thomas. The Politics of Abolition. *Contemporary Crises*. n. 10. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986, p.82.

² Se ao lado da perspectiva *totalizante* acima mostrada tem-se uma série de reivindicações por bens jurídicos penais até então ignorados – de modo a legitimar a expansão penal –, tem-se, por outro, a perspectiva *inconsequente* de ignorar a pluralidade do fenomenologia criminal, nomeadamente da criminalidade global, da criminalidade de massa, e o terrorismo atual em sua formatação não-piramidal e em rede. Afinal, sobre o crime «deixou de se poder falar, em relação a ele, das três unidades do teatro clássico: tempo, lugar e ação», de modo que um direito penal globalizado seria já uma ruptura epistemológica em relação ao pensamento tradicional. v. RODRIGUES, Anabela Miranda. Democracia e Criminalidade – entre o risco e a confiança. *Terra de Lei – Revista da Associação de Juristas de Pampilhosa da Serra*. n.1. 2012. p. 49-54.

³ Na década de 1970, os Países Baixos e os países escandinavos distinguiam-se pela relativa baixa taxa de encarceramento. Em 1974 os Países Baixos tinham a mais baixa taxa de toda a Europa, com apenas 22 presos para cada 100.000 habitantes. Entre 1985 e 1995, entretanto, possuíam o mais rápido crescimento na taxa de encarceramento. A taxa ainda chegaria a 125 no ano de 2006, só então quando inicia um decréscimo até chegar a 63 em 2018. Neste sentido, ver em HEINER, Robert. The Growth of Incarceration in the Netherlands. *Federal Sentencing Reporter*. Vol. 17, n.3, February. University of California Press: 2015, p.227. Conferir também a estatística indicada em <https://www.prisonstudies.org/country/netherlands>. Acesso em: 10 ago. 2021.

a possibilidade outrora de uma complexa sociedade industrializada, embora com poucos detentos, simbolizam não mais a esperança no futuro ou no modelo ideal de ajuste criminal, mas talvez, em sentido inverso, a representação precisa do medo de que este seja, de fato, o futuro para os demais países...

Ao suposto declínio do pensamento abolicionista durante as últimas duas décadas do século passado⁴, contrapõe-se o recrudescimento tanto prático quanto teórico das correntes abolicionistas. Um certo reconhecimento deve ser dado à RUGGIERO⁵, o qual denuncia a expurgação do termo «abolicionismo» dos *curricula* acadêmicos de diversas universidades, de modo a tentar evitar a abolição do próprio abolicionismo. Da mesma opinião compartilham DAEMS⁶ e, mais recentemente, CARRIER & PICHÉ⁷. Em se tratando do mundo lusófono, ao menos três teses de doutoramento são fundamentais para entender a atual situação do abolicionismo penal, de modo que todas elas vinculam-no, seja para mais ou para menos, à Justiça Restaurativa. Especial atenção à temática foi dada em Portugal por Cruz SANTOS já em 2012⁸; por OLIVEIRA em 2020⁹; no Brasil, ACHUTTI¹⁰, também em 2012, apresenta diversas práticas restaurativas após analisar o pensamento abolicionista, demonstrando a importância da crítica abolicionista para a estruturação de um modelo brasileiro de justiça restaurativa, utilizando como parâmetro a experiência belga.

⁴ Neste sentido, supostamente a melhor opção disponível para o atual momento seja uma *moderação penal*, ainda que se trate possivelmente de uma peculiar proposta à inglesa, em contraposição ao abolicionismo, de modo a propor a instituição de uma filosofia pública da pena, focalizando os seus limites ao invés dos seus propósitos. Ver em LOADER, Ian. *For Penal Moderation: Notes Towards a Public Philosophy of Punishment. Theoretical Criminology*. n. 14. Sage Publications: 2010, p. 355.

⁵ «*This book is an attempt to avoid abolitionism being 'silently silenced'*», v. RUGGIERO, Vincenzo. *Penal Abolitionism: A Celebration*. Oxford Press University, 2010, p.200.

⁶ «*In recent years there has been a remarkable revival of interest in the old ideas of the abolitionist school*», v. DAEMS, Tom. *Book Review: Vincenzo Ruggiero, Penal Abolitionism. Theoretical Criminology*. v. 16, n.4. Oxford University Press: 2010, p.1.

⁷ «*Recently, there has been a resurgence in abolitionist work within academic networks of communication*». CARRIER, Nicolas; PICHÉ, Justin. On (In)justice: Undisciplined Abolitionism in Canada. *Social Justice*. V. 45, n.4, 2018, p.35.

⁸ Sua tese não tem a pretensão de desenvolver uma reflexão profunda sobre o(s) abolicionismo(s) penal(is). Contudo, a importância de sua obra está em analisar juridicamente o instrumento da mediação penal enquanto modelo de reação ao crime *diferente* da justiça penal. SANTOS, Claudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um Modelo de Reação ao Crime Diferente da Justiça Penal Porquê, Para Quê e Como?*. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.

⁹ OLIVEIRA, Cristina. *Rupturas ou Continuidades na Administração do conflito penal? Os protagonistas e os processos de institucionalização da justiça restaurativa em Portugal e no Brasil*. Tese de Doutorado. Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Centro de Estudos Sociais CES/UC: 2020, p.

¹⁰ ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2012. p.

Deste modo, apesar de Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal não andarem necessariamente juntos, o atual estado do pensamento criminológico parece querer vinculá-los. O ajustamento entre uma diversidade de práticas e uma multiplicidade de teorias, contudo, parece inviabilizar a configuração destes diferentes saberes, que aparentemente têm em comum não somente a crítica à justiça criminal, mas também a ausência de unidade teórico-metodológica.

Assim sendo, uma atual e válida opção analítica é precisamente em como configurar estas coordenadas teórico-empíricas, vislumbrando um modelo efetivo, crítico e viável para administração dos conflitos em sociedade. É o que se denomina atualmente de *Critical Restorative Justice*¹¹, a qual tenta dialogar a *Critical Theory* com as práticas restaurativas, a partir da análise das limitações do pensamento restaurativo em como fora concebido inicialmente, abrindo, talvez, uma dissidência teórica neste pensamento. Se, por um lado, para WALGRAVE «*Restorative Justice is Not a Panacea Against All Social Evils*»¹², por outro, ACHUTTI¹³, novamente, tenta resgatar o pensamento abolicionista como uma utopia-guião para a resolução de conflitos, admitindo que o abolicionismo é uma perspectiva propositiva que direciona-se a um modelo similar ao da justiça restaurativa, embora com algum grau a mais de criticidade, embora incerto.

PROBLEMATIZAÇÃO

Neste sentido, a busca por um fundamento crítico em matéria de justiça restaurativa é, além de imprescindível, parte do atual pensamento jurídico e político-criminológico em vários países. Seguir os passos da *Teoria Crítica* é um percurso metodológico possível, dentre outros. No Brasil, por outro lado, é emergente a proposta em «sulear»¹⁴ a justiça restaurativa, refletindo-a a partir da cultura brasileira e da especial condição de estrutura racial dominante no sistema judiciário.

¹¹ AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda [Org.]. *Critical Restorative Justice*. 1ed. Bloomsbury Publishing, 2020.

¹² É a análise de WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice is Not a Panacea Against All Social Evils* in AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda. *Critical Restorative Justice*. 1ed. Bloomsbury Publishing, 2020.

¹³ ACHUTTI, Daniel. *Is a Critical Model of Restorative Justice Possible? A Penal Abolitionist Approach* in AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda. *Critical Restorative Justice*. 1ed. Bloomsbury Publishing, 2020.

¹⁴ NIEDERMEYER, Gláucia Mayara; ORTH, Paloma Machado Graf. [Org.]. *Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo*. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2020, 292p.

Deste modo, parece não haver dúvidas de que a elaboração do desenho institucional ideal a que deve assumir a justiça restaurativa – ou tudo aquilo que se designe enquanto uma alternativa reação ao crime –, é a tarefa *inacabada e por vir*. Se acaso este fosse nosso propósito neste trabalho, pensar-se-ia na construção de um padrão de criticidade, uma espécie de eixo axiológico que deva guiar a política criminal, ou talvez analisar-se-ia as diferentes formas de institucionalização de justiças comunitárias, comparando-as em cada caso ou tipo penal. Porém, ao proceder por este horizonte estar-se-ia carregando, ainda, uma série de pressuposições com as quais já deparamo-nos no atual estado de arte jurídico-criminológico. Seja o pressuposto da justiça como retribuição *lato sensu*, seja o das hierarquias entre diferentes domínios penais, seja o de pensar finalisticamente um programa político-criminal que, apesar de eficiente, possa carecer de fundamentos *apriorísticos*.

Nossa proposta será, assim, o de dar um passo atrás. Talvez, no fim, possamos dar um salto à frente se conseguirmos repensar a estruturação do próprio saber penal. Temos três justificativas científicas para propor uma problematização diferente. (1) Parece haver um *gap* entre Criminologia e Pós-Estruturalismo/Pós-Modernismo¹⁵; (2) o caráter *propositivo* do abolicionismo penal parece cada vez mais dar ênfase em alguma dimensão ético-relacional¹⁶; (3) uma racionalidade do tipo finalística parece não ser suficiente para um padrão crítico, de modo que ao neoliberalismo possa ser, talvez, interessante alternativas penais fundadas na eficiência¹⁷. Equacionando as variáveis identificadas, temos que o nosso objetivo principal neste trabalho será, ao invés de propor uma estruturação institucional entre Justiça Restaurativa (JR) e Justiça Criminal (JC), que concentre a criticidade das agendas negativas e a proposição das agendas positivas do abolicionismo penal, daremos ênfase à estruturação dos saberes penais propriamente dito, entre Juridicidade, Abolicionismo e Dogmática Penal, procurando identificar (1) a formulação dos seus Pressupostos teóricos [P] e das suas Expressões criminológicas [E], (2) analisando *pontos cegos* em cada caso e (3) construindo as possibilidades de complementação entre estes saberes, de modo a contrapor o plural Pensamento abolicionista penal com a fractal dimensão da juridicidade criminal,

¹⁵ Exceções a este *gap* são as obras de MILANOVIC, Dragan. Transgressions: Towards an Affirmative Postmodernist Criminology. v.33, n.2. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*: 2000, p. 202; e também a obra de ARRIGO, Bruce *et al.* *The French connection in criminology: Rediscovering crime, law, and social change*. Suny Press: 2005, p.216. «This is the **first** comprehensive, accessible, and integrative overview of postmodernism's contribution to law, criminology, and social justice» [grifo nosso].

¹⁶ GARAPON, Antoine *et al.* *Punir em Democracia – e a justiça será*. Trad. Jorge Pinheiro. Instituto Piaget:

¹⁷ COHEN, Amy J. Moral Restorative Justice: a Political Genealogy of Activism and Neoliberalism in the United States. *Minnesota Law Review*. 104 (2), Dez-2019.

considerando a complexificação da sociedade *pós-industrial*: juridicidade e abolicionismos penais – contradição ou diálogo possível?

Apesar disso, também é certo enunciar que dentre nossos objetivos secundários temos a busca por um aperfeiçoamento da JC a partir dos diálogos entre Filosofia, Direito Penal e Criminologia.

Assim, daremos um tratamento jurídico à questão do abolicionismo penal, movidos pela ânsia de pressupor a dimensão do Direito já de si fragmentada, em decorrência da Perplexidade e das perplexidades que nos assola neste incipiente século XXI. No primeiro caso tem-se o fim do paradigma moderno e o seu ideário de intencionalidade sistemática¹⁸ – de compreensão global, de sistemas fechados, de grandes Verdades e de *totalizações* –, ou ainda, da impossibilidade de um único sentido do direito¹⁹, oriundo do acúmulo de interrogações à dimensão do conteúdo material da juridicidade. No segundo caso, as perplexidades cotidianas do direito *de fato* e da sociedade fractal. Acrescente, em ambos os casos, o papel de eufemismo assumido por tais categorias, dada a realidade do desmoronamento institucional.

ORGANIZAÇÃO METODOLÓGICA

A partir de uma reflexão inspirada pelo pensamento abolicionista, em que enxerga dois âmbitos antagônicos, embora complementares, tem-se que ao argumento pela supressão de algo (agenda negativa), adiciona-se o argumento construtivo-propositivo (agenda positiva). A partir dessa caracterização, iremos propor uma ferramenta metodológica do tipo (P) → (E) que irá guiar-nos ao longo do trabalho. Trata-se precisamente de identificar os Pressupostos (P) teóricos de cada corrente ou pensamento, seja ele jurídico, criminológico ou abolicionista, e as correspondentes Expressões (E) criminológicas.

¹⁸ FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra Editora, 2005, p. 9-13.

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade* in. DIAS, Augusto Silva et al. (Orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p.3-14.

A diferença é de índole, já que [P] denota o uso de uma racionalidade em caminho à abstração da dimensão *reflexiva* do direito, ao passo que [E] denota o uso de uma racionalidade em caminho à concreção do mundo *prático* do direito.

Deste modo, no primeiro capítulo iremos utilizar a metodologia proposta para extrair os Pressupostos teórico-filosóficos que rondam os saberes penais e suas respectivas Expressões criminológicas, demonstrando como inclusive os abolicionistas penais ainda compartilham de alguns pressupostos modernos.

No segundo capítulo a proposta é refletir a relação Direito/Justiça a partir da Filosofia da Desconstrução de Jacques Derrida e do Jurisprudencialismo de António Castanheira Neves. Será problematizada a questão da justiça e da liberdade humana no projeto pós-moderno e os diferentes pressupostos ético-jurídicos que podem vincular-se, dando ênfase à necessidade do retorno à ética, embora contrapondo-a com a garantia da *autonomia* da dimensão da juridicidade enquanto indispensável ao Estado de Direito.

No terceiro capítulo o objetivo é investigar o pensamento abolicionista penal a partir do viés da própria dogmática penal, a qual poderá impor alguns *pontos cegos* àquele pensamento. Após, serão traçadas Expressões Criminológicas fora da dimensão jurídica a partir do diálogo traçado com Derrida. Estas Expressões são tanto de ordem filosófico-criminológica em razão da sociedade fractal.

Por fim, no último capítulo há a consideração das Expressões Jurídico-criminais, refletindo o diálogo entre as críticas abolicionistas e a consolidação do Estado de Direito Material, a partir da identificação de três *pontos cegos* que rondam o direito penal.

CAPÍTULO I

APROXIMAR FILOSOFIA E CRIMINOLOGIA POR QUÊ? OU DAS PRESSUPOSIÇÕES FILOSÓFICAS ÀS EXPRESSÕES DOS SABERES CRIMINOLÓGICOS

1.1 A relação entre fundamento filosófico e estruturação dos saberes penais

As diferentes configurações entre dogmática penal, criminologia e política criminal revelam, de certa forma, as linhas filosóficas que há por detrás da sistematização dos saberes criminológicos. Assim é que, por muito tempo, pensou-se numa hierarquia implacável na qual a dogmática seria a barreira intransponível contra a política criminal. Isto porque em um Estado de Direito formal de vertente liberal, a partir de uma teoria jurídica de base positivista,²⁰ o direito penal era perspectivado como uma ordem de proteção ao indivíduo, face ao poder estatal-punitivo. Direito penal, nesta acepção, é limitação ao poder por meio do direito.

A passagem de um Estado formal de direito para um Estado material de direito²¹, contudo, revela novas configurações entre as ciências integrantes do saber penal. Dentro da Filosofia do Direito, dir-se-á que o *problema* começa a ganhar prioridade face ao *sistema*, já que este não consegue antever todas as hipóteses juridicamente relevantes. Deixando de lado, então, a presunção de totalidade que o sistema normativo tenta alcançar, dando espaço para um sistema que é aberto a cada novo caso.

É neste momento em que a Política Criminal começa a ganhar autonomia: precisamente quando o positivismo jurídico é combatido. Um saber que torna-se trans-sistemático. É neste ponto que podemos dizer com Figueiredo Dias²², que uma Ciência jurídico-penal que nada ofereça às exigências da Política Criminal é inútil. Contudo, a

²⁰ DIAS, Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*. v.43, 1982, p.9. A perspectiva é, portanto, a de que a política criminal e a criminologia não alcançavam uma autonomia, já que estavam submissas à estrita legalidade. A origem dessa submissão vem do auge da metódica de raiz positivista.

²¹ BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 3ª ed. Gestlegal: Coimbra, 2019, p.377-457. Ver precisamente a p. 443, «se o positivismo nos legou o Estado-de-Direito de legalidade formal, a sua superação (traduzida pela compreensão de que a lei não é todo o direito) implicou a conversão daquele modelo de Estado num autêntico Estado-de-Direito material, que invoca princípios para além da lei».

²² DIAS, *op. cit.* p.12-16.

posição deste autor é sabidamente conhecida, a de que a Política Criminal para ser válida só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis, já que ela continua sendo intrínseca ao Estado material de Direito. Neste sentido, a criação do padrão crítico que orienta a política criminal advém de uma ordem jurídico-constitucional, a qual constitui o referencial regulativo da atividade punitiva, como uma espécie de duplo filtro contra o excesso e a falta de punição.

Neste sentido, e no atual estado do pensamento criminal, o direito penal encontra sua fonte de legitimação material na Constituição. Este núcleo fundamental que autoriza a intervenção ou inação do direito penal é o mesmo que convoca axiologicamente os direitos fundamentais a serem tutelados. O que outrora era visto apenas como função de defesa contra o Estado – função esta desempenhada pela dogmática, como vimos – agora passa também a legitimar positivamente a função estadual de proteção aos direitos fundamentais²³. Desta forma, parece revelador de como os saberes penais são articulados distintamente a partir da modificação constante da filosofia do direito. Tem-se, neste sentido, uma certa relação não mais hierárquica entre política criminal e dogmática, de modo que programas de descriminalização passam a ser legítimos e ancorados pela própria análise dogmática.

Mas em uma análise menos centrada na filosofia do direito e mais centrada na filosofia geral, pode-se verificar a distinção metodológica que há entre criminologia e direito penal, enquanto saberes empíricos e normativos, respectivamente. Isto porque a *Lei de Hume*²⁴ assegura que não se pode extrair elementos prescritivos a partir de elementos descritivos, o que incorre em dizer que a ciência normativa do direito penal não pode ser delimitada pela ciência empírica da criminologia, pois naquele caso ter-se-ia um problema filosófico de caráter ético-político que deve responder ao «por que se **deve** punir?», enquanto neste último caso os elementos fático-descritivos apenas admitem respostas à pergunta «por que existe a pena?». Essa operação tenta resguardar os limites da lógica ao refutar que a justificação (dever ser) se dê com base no que é.

²³ BRANDÃO, Nuno. *Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso* in FARIA COSTA et al. (orgs.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 240, 241 e 251

²⁴ CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. *Revista Polis e Psique*, v.3, n.3, 2013. p. 146. O objetivo deste autor é exatamente o de tensionar as teorias normativo-filosóficas da pena com os fenômenos empíricos da punição.

Sabe-se, contudo, que esta distinção dos saberes penais tem por matriz filosófica o positivismo científico, cuja consequência incorre em tornar o direito penal obsoleto em análises empíricas. Precisamente as teorias da pena é que estão sob o enfoque crítico destas análises, já que teorizar a pena normativamente responde somente àquela primeira pergunta acima, deixando fissuras abertas no *quê* da existência da pena em si²⁵.

Assim, é observável a existência de uma ruptura metodológica entre os diferentes saberes penais ou uma certa fragmentação do saber criminológico, apesar de apresentarem-se enquanto um saber integrado, no qual não há o descarte de uma teoria por outra sucessiva, mas um acúmulo teórico de toda elas. Sobretudo no que diz respeito à pluralidade de discursos criminológicos atuais, que acabam por confundir interdisciplinaridade com auxiliaridade nas ciências criminais, nas quais o direito penal sempre aparece no pedestal. É como quando tenta-se aproximar a Psicologia ao Direito Penal e, das possibilidades interdisciplinares de esforço por compreender o fenômeno jurídico pela psicologia, tem-se apenas a instrumentalização de um saber pelo outro, como quando a psicologia jurídica enfoca apenas na realização da perícia²⁶. Por outro lado, a Criminologia parece ser o depósito preferido de uma mistura de disciplinas, sintoma de uma sociedade de risco, talvez, em que os problemas referentes à criminalidade ultrapassam os moldes acadêmicos, motivo pelo qual este saber se fragmenta à medida que se desenvolve.

Neste sentido, a crítica pós-moderna em relação à ciência como um todo, às grandes narrativas e ao projeto da modernidade centrado na razão, traz grandes contribuições para a estruturação do saber criminológico. Uma destas contribuições é retirar como objeto central as categorias como sujeito criminoso ou o delito, ou das instituições de controle ou o poder econômico, enfatizando a própria linguagem da criminalização e o próprio conhecimento criminológico. Não há, contudo, uma escola de pensamento criminológico intitulada de pós-moderna, dado que as divergências entre as linhas teóricas ultrapassam a convergência, que é precisamente a de não ser uma teoria estrutural, centralizada em estrutura de classe como explicação para o fenômeno do crime – como o faz a Criminologia Crítica²⁷. Do contrário, a convergência consiste na relação entre sujeito e linguagem, a partir

²⁵ *Ibid.* p. 148.

²⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.48.

²⁷ Aqui entendemos a Criminologia Crítica enquanto um pensamento criminológico de ruptura, dá década de 1960, cujo pressuposto teórico é precisamente o marxismo e a Escola de Frankfurt, de modo a fazer oposição à criminologia positivista e seu enfoque biopsicológico, por meio do método macrossociológico. Neste

da análise dos discursos, e de como esses discursos são capazes de criar significados, identidade, verdade e justiça penal. E precisamente porque as posições dos sujeitos discursivos são distintas, os significados também o são – como as diferentes posições entre advogados, réu e policial²⁸.

Já com David Garland podemos dizer que a Criminologia é, apesar de um saber recente – a ideia de uma ciência do crime teria não mais do que 130 anos e entrou nas grades curriculares apenas após a II Guerra Mundial – uma disciplina crescente. Se em 1974 o Autor estava em sua primeira classe de Criminologia na Universidade de Edinburg, em 2006 o debate era sobre o estatuto de ciência autônoma da Criminologia, deixando de ser uma mera auxiliar das ciências penais ou médicas. Assim, Garland defende que quanto maior a autonomia desta disciplina, os dilemas e as dificuldades desta matéria tornam-se mais pronunciadas. Portanto, em sua visão, a força da Criminologia está na sua integração com outros saberes, de modo que seu enraizamento em espaços externos é um ganho, não uma perda. Do contrário, quanto mais este saber buscar uma autonomia institucional, produzindo uma agenda própria, mais estreita tende a ser sua dimensão intelectual²⁹. A sua interação, entretanto, com outras áreas, como o Direito Penal, Política e a Psicologia, acaba por torná-la *super-socializada*³⁰ tornando-a incrivelmente trivial e enfadonha.

Este debate entre ser e dever ser da pena, entre ciência normativa e ciência empírica, revela-nos em muito a carga filosófica e os pressupostos teóricos com que são construídos e organizados os saberes penais. Desde já, uma relação é estabelecida entre partir do ideal (dever) em direção ao real (ser), ou se acaso mais correto é partir do real para formular o ideal. Assim é que uma primeira resposta que temos para a questão do capítulo é que não se trata de uma aproximação atípica entre filosofia e criminologia, posto que estas sempre correlacionam-se, mas se trata de escavar as linhas filosóficas que sempre existiram e vão existir nos saberes penais, propondo, assim, uma aproximação, embora não inédita, singular, conforme veremos.

sentido, ver. BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p.165-166.

²⁸ ARRIGO, Bruce A; BERNARD, Thomas J. Postmodern Criminology in Relation to Radical and Conflict Criminology. *Critical Criminology*. Vol. 8, n.2, 1997, p.41-42.

²⁹ GARLAND, David. Disciplining Criminology. *International Annals of Criminology*, 46(1-2), 2008, p. 19-20.

³⁰ CHRISTIE, Nils. Four Blocks against Insight: Notes on the Oversocialization of Criminologists. *Theoretical Criminology*, Vol.1, 1, 1997, p.13-23

Nosso propósito será em entender o pensamento filosófico a partir da sugestão do proposto esquema conceitual intitulado [P] → [E], o qual significa pensar para cada Expressão criminológica [E] o seu possível Pressuposto teórico-filosófico [P].

1.2 Formação do saber penológico: Expressões Criminológicas a partir dos Pressupostos Teóricos

O desvelamento dos pressupostos filosóficos fornecem ferramentas de análise para o desenvolvimento do pensamento criminológico moderno. Os processos de racionalização, a forma jurídica da verdade, a legitimidade política e o papel da soberania, a burocracia e a configuração dos saberes penais são consequências.

Assim, ao invés de iniciar este procedimento analítico por meio das escolas criminológicas ou por meio das teorias da pena, nosso propósito será de analisar pela formação do próprio poder punitivo. Ou seja, ao invés de começar pelo pensamento criminológico, começaremos pelo poder.

1.2.1 Expressões criminológicas do processo de racionalização no Estado Absolutista

É bem verdade que a historiografia tradicional do desenvolvimento do pensamento criminal aborda o processo de racionalização a partir de uma visão abarrotada de pressupostos modernos, como a ideia de progresso e a razão enquanto guião. Mas a maneira em como se analisa a história do pensamento já é, de alguma forma, pré-determinada pelo momento em que se faz este empreendimento. Nosso propósito será em realizar um empreendimento crítico, averiguando a hipótese de não existirem as categorias universais³¹.

Neste sentido, a tradicional justificação para a construção do poder punitivo remete à substituição de formas bárbaras, medievais e privadas de castigo, por outras formas onde prevalecem a burocracia, o saber jurídico e uma sanção pertencente à esfera do público.

³¹ Aqui é especialmente relevante a influência do método de Michel Foucault. Negar os universais é uma questão de método para este autor. Neste sentido, ver FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p.3-5.

A tradição filosófica e sociológica não escapam a estas análises, pois pode-se analisar em DURKHEIM³² esta pretensão de progresso onde encontram-se tais categorias.

Então, reanalisar a história do pensamento criminológico, desvelando as linhas filosóficas subterrâneas que embasam este arcabouço criminal, opondo em cada lado o tradicional *discurso* do processo de racionalização é tarefa que se impõe. Ora, exatamente refletir sobre a própria formação do *ius puniendi* é o que está em causa. O referencial teórico com que vamos reescrever a história da punição neste primeiro capítulo é de matriz abolicionista, de modo a negar aqueles pressupostos filosóficos (universais, soberania, ordem ontológica, racional), que embasam as práticas punitivas (polícia, tribunais, juízes) e configuram de diferentes formas os saberes penais (direito penal, processo penal, criminologia) e, no atual estado de rupturas teórico-criminológicas, passam a fundamentar *sistemas alternativos* à JC.

1.2.1.1 A Universidade e a formação do saber penal

A luta entre poder central e os poderes locais dos senhores feudais tinha como paralelo os saberes locais e o saber jurídico. Para dar legitimidade ao poder real-centralizado, era necessário justificá-lo como superior ao direito natural e às leis. É o soberano quem determina as leis, não o contrário. Mas essa justificação requer um local apropriado para desenvolvimento daquele saber jurídico. Esse é o papel desempenhado pela Universidade e a formação do saber jurídico, enquanto linguagem oficial do Estado³³.

A construção de uma burocracia oficial que está ligada ao Estado deveria substituir as formas de composição de conflitos das comunidades locais. Mas essa burocracia necessita de uma base teórica abstrata, que faça legitimar o concreto-punitivo. Deste modo, é notável a relação entre o fortalecimento do Estado – centralização política com a Baixa Idade Média –, e as incipientes «Universidades», as quais atendiam às demandas de centralização do poder. ANITUA relembra que assim foram os casos do surgimento do papado

³² DURKHEIM, Émile. *The Division of Labor in Society*. Trad. George Simpson. 4^o ed. New York: The Free Press of Glencoe, 1960, p. 181 e ss. Assim, diz o Autor que em sociedades em que prepondera-se a solidariedade orgânica, a estrutura social é constituída por «sistemas» que possuem determinadas funções. Assim, o que demarca o local de cada um não é o critério da consanguinidade, mas o da função social.

³³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p.10-30.

com a Universidade de Roma, de Castela e Leão, de Salamanca, de Lérica, de Paris, de Bolonha e até mesmo, embora com menos êxito, as de Oxford e Cambridge³⁴.

Mas talvez o ponto mais interessante nesta relação entre a função racionalizante do saber e a legitimação do poder estatal, seja a sua conexão com a Igreja Católica e a ideia do divino. Afinal de contas, a formação do poder estatal-absoluto poderia representar a perda de legitimidade da Igreja. Ao contrário do que possa parecer, a História mostra uma grande aproximação entre a autoridade divina e a autoridade monárquica, entre a «clerecia»³⁵ e burocracia estatal, uma vez que esta Igreja sustentava a delegação da autoridade divina para a autoridade dos monarcas absolutos, os quais estavam habilitados a exercer o poder de castigar. E, de fato, a tradição aristotélico-tomista da filosofia mostra essa relação da coabitação entre direito divino e direito dos homens.

1.2.2 Expressões criminológicas no Iluminismo: um humanista ou *um* [primeiro] abolicionista penal...?

Querer reconstruir um período ideológico e geograficamente fragmentado é um papel pouco proveitoso. O Iluminismo teve diferentes pensadores e em cada Estado teve consequências próprias por meio de adaptações às realidades locais. Contudo, algumas características são inerentes e fazem parte do denominador comum de um período demasiado turbulento na Europa. Certamente fazem parte desse compartilhamento o papel desempenhado pela burguesia face aos poderes da nobreza e do clero, a doutrina liberal face ao absolutismo monárquico e a construção do Estado de Direito *formal*. Assim, ao contrário da legitimação do poder de castigo pela vontade divina, a qual o soberano seria titular, a legitimação do *ius puniendi* tornar-se-ia pelo próprio direito³⁶.

Aqui tem-se a visão de um pensador que tornou-se revolucionário, o qual exerceu uma verdadeira racionalização acerca do castigo. Ao invés de pensar no mais profundo argumento místico ou fundamental, que traria um imperativo universal para aplicação da pena, Beccaria³⁷ estava interessado no papel da Utilidade, perante a qual fundamenta-se a intervenção estatal face à esfera privada do indivíduo. Aqui temos um giro

³⁴ *Op.cit.* p. 46-47.

³⁵ *Op.cit.* p. 48.

³⁶ Ver especialmente a página 160, ANITUA., *op.cit.*

³⁷ *Ibidem.* p.162.

impressionante quanto ao processo de racionalização: ao invés de procurar-se um argumento *a priori* que serviria de fundamentação, busca-se uma finalidade, um fim concreto a qual deverá demonstrar um *efeito*, uma consequência. É a formação da prevenção em detrimento da retribuição.

Um pensador revolucionário, se acaso pensarmos conforme a historiografia tradicional, uma vez que foi responsável por criticar o sistema inquisitivo e a forma ofensiva do procedimento criminal predominante nos Estados Absolutistas. Deve-se a este pensador as noções de oficialidade, imparcialidade, publicidade, bem como a defesa árdua do princípio da legalidade criminal e da proporcionalidade na aplicação da pena. Tamanho contraste entre seu pensamento Ilustrado e o pensamento ainda dominante no século XVIII, leva-o a ser rechaçado entre os juristas da época, bem como faz sua obra figurar no *Index* por cerca de 200 anos³⁸.

A sua importância para a genealogia do pensamento criminológico não deve ser esquecida, portanto. Seu pensamento Iluminista traça as bases para um saber penal liberal-acusatório, pretendendo mudar paradigmas. É claro, entretanto, que o pressuposto do auge do Iluminismo italiano em *Dei delitti e delle pene*³⁹ está fincado no Utilitarismo.

Precisamente contra a tortura e a pena de morte impõe-se Beccaria, advogando pela abolição destas formas de pena ou modo de obtenção de prova. Por um lado, se acaso o delito é certo, inútil é a confissão do réu e inútil será a tortura; se acaso o delito é incerto, a tortura é um ato de atormentar a um inocente. E acerca da pena de morte ainda revela-lhe a falta de fundamentação no direito, pois as parcelas de liberdades individuais cedidas à soberania são (1) ou inconciliáveis com a máxima que proíbe o suicídio ou (2) incompatíveis com a cessão da própria vida de um indivíduo ao Estado. Mas para além disso, o autor traça também bases utilitaristas ao afirmar que a pena de escravidão perpétua apresenta vantagens

³⁸ *Ibid.* p.161.

³⁹ Dois pontos são centrais, entendemos, para a ruptura de BECCARIA com o pensamento da época. Precisamente nos capítulos I e II «*Origine delle pene*» e «*Diritto di punire*», respectivamente. Há uma inversão operada pelo autor quanto à origem das penas. O fundamento das penas não está em um mandamento divino, mas está fundada no próprio homem. Assim, é no coração do próprio homem que está a origem da pena. Neste sentido, v. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Letteratura Italiana Einaudi: Milano, 1973, p.7-9. O que incorre em dizer uma inversão de fundamento, do divino ao antropológico-natural. Contudo, um deslocamento do indivíduo-concreto ao Estado enquanto principal vítima é realizado, o que nos mostra que o pensamento Ilustrado à medida que exercia uma crítica, reificava a Teoria do Contrato Social que fundava o Estado e o direito liberal, pautados na ideia de igualdade e subjetividade jurídica.

sobre a pena de morte, de modo a demonstrar condicionamentos econômicos ao seu pensamento, apesar de humanista⁴⁰.

O seu pensamento, à medida que representava o conhecimento da classe ascendente, fulminava o saber penológico dominante. Mas ao construir novas bases sobre o pensamento criminal, foi também um abolicionista parcial. Assim, tanto Cesare Beccaria quanto Thomas Morus expressaram um certo desejo abolicionista, especificamente contra a pena de morte, substituindo-a pelos trabalhos forçados, a partir de uma teoria contratualista sobre o Estado⁴¹.

Mesmo assim, o pensamento de um dos maiores criminólogos e de toda a Escola Clássica ou Liberal, ainda que representassem o progresso, a ciência, o pensamento burguês e o que havia de mais moderno, era um pensamento pré-criminológico⁴².

Já pela análise da Criminologia Crítica, e em especial pela *Criminología de la Liberación*⁴³, algumas funções eram desempenhadas por este pensamento Ilustrado: (1) legitimação do contrato social, da qual infere-se a existência de um suposto consenso entre os valores pré-estabelecidos na sociedade; (2) absolutização do princípio da legalidade, que ao invés de representar limites ao poder estatal, trata-se de uma seleção classista dos ilegalismos; (3) uma plataforma jurídico-política que assegurava o livre desenvolvimento do mercado, o que representava o pensamento da classe em ascensão.

Ainda neste último seguimento, também pode-se inferir já com Mathiesen que o crescimento da burguesia estava por trás do desenvolvimento do *old classicism*⁴⁴, cujas raízes estão em Voltaire e Rousseau.

Também com Salo de CARVALHO⁴⁵, identifica-se a justificação da pena na Ilustração a partir do contratualismo, de forma que a oposição pena justa/pena útil, apesar de diferentes em suas Expressões criminológicas, apresentam os mesmos Pressupostos teóricos, quais sejam, o liberalismo e o contratualismo.

⁴⁰ *Ibidem*. p.69

⁴¹ DE FOLTER, Rolf S. On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault. *Contemporary Crises*, v.10. 1986. p.39

⁴² BARATTA, *op. cit.* p.23. Em realidade, a Escola Clássica é um pensamento muito mais próximo da Filosofia do Direito do Penal, ao passo que a Escola Positivista é um pensamento da ciência penal propriamente dita.

⁴³ DE CASTRO, Lola Aniyar. Fundamentos, Aportes y Líneas de Desarrollo Posibles de una Criminología de la Liberación. *Nuevo Foro Penal*, 29 (1985), p.354

⁴⁴ Neste sentido, ver MATHIESEN, Thomas. *Prison on Trial*. 3ª ed. Winchester: Waterside Press, 2006, p.109.

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. Kant contra Beccaria (ou o alerta do liberalismo aos modelos de justiça penal premial). *Revista de Estudos Criminais*. Ano XX, n. 80, 2021, p. 271-273.

Podemos identificar aqui, então, uma diferença entre o sentido dado à Beccaria a partir da historiografia tradicional da criminologia, a partir da qual vincula-o ao humanismo, e a historiografia crítica da criminologia, que por sua vez vincula-o ao liberalismo, ao contrato social e à ascensão da burguesia.

Que noção poder-se-ia extrair a partir de *uma* – dentre o leque de possibilidades –, visão abolicionista, contudo? Parece-me sobretudo importante ressaltar que o primeiro grande abolicionista da pena de morte foi também quem construiu o primeiro pensamento criminológico – Escola Clássica – de modo que podemos dizer como o sentido do direito e o sentido do abolicionismo não são contraditórios. Na verdade, e de uma certa e estrita forma, as bases do garantismo deu-se a partir da abolição de outras bases. O que funda o pensamento criminológico moderno é, pensamos, *uma* abolição, *um* sentido de abolição. Devemos voltar a este tópico nos próximos capítulos, com a ajuda de Jacques Derrida e, posteriormente, com o sentido do direito.

1.2.3 Expressões criminológicas no Positivismo: a construção do delinquente

Primeiramente, as acepções em torno do conceito «positivismo», já que este é o Pressuposto epistemológico para a formação do pensamento criminológico positivo.

Ao menos três aproximações existem, de modo que elas estão mais ou menos interligadas: (1) uma teoria da evolução social, a partir de Auguste Comte e Émile Durkheim; (2) positivismo lógico enquanto tradição filosófica; (3) positivismo metodológico enquanto conjunto de práticas de pesquisa científicas⁴⁶. Por outro lado, a tradição positivista gerou muitas variações que diferem entre si metodologicamente, de modo que identificar o positivismo como um todo acaba tornando-se uma tarefa restritiva. Apesar disso, pode-se destacar as ideias centrais que regem o pensamento positivista, são elas, ao menos: (1) a separação entre sujeito e objeto; (2) a separação entre fatos e valores; (3) a verdade como

⁴⁶ Enquanto perspectiva metodológica, o positivismo é certamente um conceito sobre a ciência: «*it is an epistemology that identifies scientific knowledge with covering laws – that is, statements of the type 'if A occurs, then B will follow'.* Second, it is an ontology that equates existence with objects that are observable. Third, it is associated with a self-understanding of scientific activity in which social science is independent of the reality it describes. Ver em: RILEY, D. (2007). The Paradox of Positivism. *Social Science History*, 31(1), 115-126.

correspondência; (4) o naturalismo e o conhecimento empírico unificava o método entre todas as demais ciências⁴⁷.

Em outro sentido, e retomando a perspectiva crítica a partir da proposta da *Liberación*⁴⁸, tem-se que o nascimento da Criminologia Científica dá-se com o deslocamento da fundamentação metafísica para uma teoria propriamente científica, a qual corresponde à linguagem da nova classe hegemônica⁴⁹ que guiava para a sociedade ideal. Esta linguagem diagnosticava a «saúde» da sociedade, a partir de pares construídos por critérios advindos desta linguagem científica, de modo a formar as figuras do anormal, do perigoso, do louco, etc. Porém, como demonstra Aniyar DE CASTRO⁵⁰, o positivismo na América Latina serviu para subjugar as minorias étnicas e para justificar a relação de subordinação entre o Norte-Sul global. O que está em jogo, em última instância, é o caráter classista das instituições e predominância de um específico saber, em detrimento de outros.

Precisamente no Brasil, a relação que assumiram o Direito Penal e a Criminologia, acerca da figura do delinquente, demonstra a problemática existente no concepção de sujeito de direito. Onde o sentido de Direito não tem força ou é mais bem funcionalizado por programações políticas externas, deve a Criminologia permanecer ao lado da crítica. É assim que se deve entender a categoria de *sujeição criminal*⁵¹, como o caso do rotulado «bandido» naquele país. Isto porque não se trata de qualquer sujeito incriminado ou condenado por sentença, mas um especial sujeito *incorrigível, contumaz*, que é legitimado pelas instâncias oficiais de controle penal. Assim, este rótulo não é arbitrário, posto que só é possível a sua sobrevivência se houver ambientação social que torne possível sua reprodução e o papel ativo do Estado na sua legitimação.

⁴⁷ [...] *Positivism as an approach would be 'methodologically unified' in that it is held to be as well-suited to the study of the social world as it is to the natural world [...] And while it was the destiny of the science of society - 'sociology'.* Neste sentido, ver NEUFELD, Mark. A. Defining Positivism. In. *The Reconstructing of International Relations Theory*. Cambridge University Press, 1995. p.25.

⁴⁸ DE CASTRO. *op. cit.* p.354.

⁴⁹ *Ibid.* Ainda com Aniyar de Castro, tem-se aqui o conceito gramsciano de Hegemonia, como aquela relação de dominação acrescida de consenso.

⁵⁰ *Ibid.* p.355.

⁵¹ A categoria de sujeição criminal é aqui citada para demonstrar a importância de se perceber como a categoria de «bandido» é o resultado de um processo em que fazem parte -mas não só- o Direito e o Processo Penal, que acabam por culminar na «necessidade da pena de prisão». É possível a sujeição criminal sem o procedimento formal da incriminação, mas é possível também a incriminação sem sujeição criminal, o que denota a diferenciação social entre «bandido» e «não bandido», o que coloca no centro da problemática a construção jurídica de sujeito. Ver em MISSE, Michel. Crime, Sujeito e Sujeição Criminal: Aspectos de uma Contribuição Analítica sobre a Categoria “Bandido”. *Lua Nova*, V. 79, São Paulo, 2010, p.15-38.

1.2.4 Expressões criminológico-abolicionistas: as diferentes correntes, suas Pressuposições e Expressões [em especial materialistas, fenomenológicas, genealógicas]

1.2.4.1 Os pressupostos [P] da corrente abolicionista-materialista: o papel do *inacabado*, da *contradição* e da *competição* em Thomas Mathiesen [E]

Ainda com ajuda de DE FOLTER⁵², pode-se estabelecer que se por acaso em *The Politics of Abolition*⁵³ o fundamento metodológico e a base filosófica ficam comprometidas, já que a obra leva em conta sobretudo as experiências empíricas realizadas a partir do KROM, em *Law, Society and Political Action* MATHIESEN tenta integrar a análise materialista da sociedade em seu pensamento abolicionista.

ALAN HUNT⁵⁴ comentando criticamente a obra de MATHIESEN, explica que o Pressuposto do autor é precisamente a relação base/superestrutura no materialismo histórico. Ao contrário da autonomia relativa que teria o direito (ou qualquer superestrutura) ele avança no sentido oposto - para a determinação - aproximando-se da teoria da dependência: sempre que a lei reage de volta contra a base econômica, é sempre restringida pela dominação que vem da base. Mas para HUNT, além da total ausência de uma verdadeira estratégia política, MATHIESEN cai em uma cegueira política ao recusar propostas alternativas, pelo receio de que as demandas sejam absorvidas pelas instituições e transformadas em um reformismo.

Assim sendo, a implementação de alternativas antes da abolição do sistema predominante gera apenas lentas e pequenas mudanças. Ao contrário disso, MATHIESEN pensa a partir do *inacabado* como estratégia para a ação política abolicionista. Há duas condições para que o «*unfinished*» seja um movimento vital e expansivo. Primeiro, é o requisito da contradição ao sistema predominante, o que incorre em dizer que as premissas do alternativo devem diferir das premissas do predominante; segundo, é o requisito da competição contra o sistema predominante, caso contrário ele tende a encolher-se ou a ser absorvido pela formação social do capitalismo tardio⁵⁵.

⁵² *Op. cit.* p.51.

⁵³ MATHIESEN, Tomas. *The Politics of Abolition revisited*. London: Routledge, 2014.

⁵⁴ HUNT, Alan. *Law, Society and Political Action: Towards a Strategy under Late Capitalism* by Thomas Mathiesen (*review*). *Journal of Law and Society*. Vol. 9. n.1. London: Academic Press, (Summer, 1982), p.148-150.

⁵⁵ Ver *On the methodological...*, *op. cit.* p.49-50; ver também em *Politics of Abolition*, *op. cit.* p.47; Para ver em detalhes sobre o conceito de estado absorvente, ver precisamente a página 277 em *Law, Society...*, *op. cit.*

Veremos, contudo, a existência de proposições concretas de intervenção, bem como a antecipação de Mathiesen a problemas atuais.

Na segunda edição de *Law and Society* publicada em 1977, em norueguês, MATHIESEN já colocava as três principais perspectivas sociológicas da sociedade: (1) a perspectiva normativa; (2) a perspectiva fenomenológica; (3) a perspectiva materialista. A primeira, entendida enquanto um método de análise, parte do ponto de vista de que as regras sociais de comportamento determinam a estrutura e o desenvolvimento da sociedade. Já a perspectiva fenomenológica é o ponto de vista de que a consciência das pessoas e das relações humanas determinam a estrutura e o desenvolvimento da sociedade. Mas é na terceira perspectiva que encontra-se o pressuposto teórico de Mathiesen, posto que nesta última são as estruturas materiais, *stricto sensu*, que determinam tanto o conteúdo da norma, quanto o conteúdo da consciência⁵⁶.

Para o Autor, o materialismo está em contraposição ao idealismo, os quais providenciam objetivos teóricos e dá direção ao pensamento. O materialismo tem, ao menos, dois significados. Primeiro, a materialidade e os objetos práticos de todos os tipos, ou o campo «do inerte»⁵⁷; segundo, a capacidade de transformar estes materiais «por meio do trabalho» e inseri-los numa estrutura de necessidades, a qual só pode ser satisfeita por meio da transformação destes materiais. Quanto à estrutura, entende ser «relações relativamente permanentes», as quais podem sofrer certas mudanças apenas relativas, sem que a estrutura total seja mudada. A estrutura material, correspondente a um poder relativamente permanente, seria um tipo especial daquela estrutura geral e também pode ser chamada de poder estrutural.

As mudanças são apenas relativas, uma vez que impedem o desenvolvimento em direção a uma considerável revolução social. Assim que, «as estruturas econômico-materiais determinam em última instância», de modo a constituírem a última corte de apelação das estruturas materiais. Se isto é assim, então qualquer outra estrutura que promova mudanças – como é o caso do direito – não pode ultrapassar a fronteira definida pelas estruturas econômicas. Além disso, há hierarquias dentro dessas mesmas estruturas econômicas, de

⁵⁶ *Law and Society* apresenta duas edições escritas em norueguês, uma de 1975 e outra de 1977. Nesta última o autor já aborda a diferença entre as três perspectivas descritas. Mas é na versão de *Law, Society and Political Action*, de 1980, que o autor dá-se por enfrentar a tarefa de unir as duas linhas principais, quais sejam, a linha materialista e a linha da ação política. *Law, Society and Political...Op. cit.* p.4-5.

⁵⁷ *Ibid.* p.12-15.

modo a identificar a produção como a mais determinante. Isto leva à implicação de que desconsiderar a abolição das próprias estruturas econômicas, tende a reestruturar aquelas estruturas materiais que tinham sido abolidas⁵⁸. Mas o procedimento regressivo de reestruturação daquilo que havia sido abolido não é automático. Depende do modo de produção – feudal, capitalista ou socialista –, que define a relação entre as forças de produção (trabalho e ferramentas) e as relações de produção (o modo como a produção é organizada, seja via servidão, escravidão, formas assalariadas ou não).

MATHIESEN conduz um pensamento precisamente materialista, identificando vários problemas atuais. Algumas discordâncias, contudo, estará presente ao final. Um dos pontos fundamentais no seu percurso diz respeito às tensões entre forças e relações de produção. Assim, quando as relações de produção são esticadas ao máximo, atingindo-se seu limite, elas transformam-se em um freio, construindo uma contradição entre forças e relações de produção. Para o Autor, esta contradição entre o desenvolvimento da relações de produção em descompasso com as forças de produção representa a luta de classes, que no cenário do século XX seria entre proletariado e burguesia⁵⁹.

1.2.4.2 Os pressupostos das correntes abolicionista-fenomenológicas

Pensar em Abolicionismo Penal sem pensar em Louk HULSMAN e Nils CHRISTIE, ou ao menos citá-los, parece completamente inviável. De fato, ambos autores parecem encabeçar o movimento abolicionista, bem como traçar bases metodológicas de análise e proposições concretas para ação. Não à toa, BRAITHWAITE⁶⁰ considera *Conflicts as Property* como o texto mais influente para a Justiça Restaurativa, em decorrência da sua perspectiva vitimológica.

Aparentemente os autores acabam por terminar com visões distintas, de modo que HULSMAN acaba tornando-se cada vez mais desconfiado do sistema de justiça criminal, ao passo que CHRISTIE aproxima-se do minimalismo penal, pois desconfiado das próprias possibilidades de abolição total deste sistema.

⁵⁸ *Ibid.* p.16

⁵⁹ Talvez um ponto de discordância com MATHIESEN, que podemos traçar neste percurso, é a consideração de que a contradição é representada estritamente pela classe, deixando de fora uma série de outras contradições que a sociedade do século XXI apresenta. *Ibid.* p.17.

⁶⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. Crime and Justice*. V.25. University Chicago Press: 1999, p.5

Vejam os como o pressuposto fenomenológico é construído no abolicionismo hulsmaniano. Por um longo tempo o autor ainda esteve preso às propostas racionalizadoras da criminalização e penalização. Mas sua conclusão é de que o sistema penal é um problema em si mesmo, por pelo menos três razões: (1) o sistema criminal causa sofrimento desnecessário, o qual é, ainda, desigualmente dividido; (2) ele expropria o conflito das partes; (3) apresenta um especial risco de incontrolabilidade, que o difere do sistema civil e administrativo⁶¹.

A nível proposicional, o autor advoga não pela substituição do saber penal pelo saber médico ou pedagógico. Sua intenção é sobretudo a nível estatal, ou seja, descentralizar a administração de conflitos, os quais são hodiernamente gerenciados pela Jurisdição. Assim, o mecanismo de administração de conflitos deve ser aquele que mais esteja próximo à realidade dos envolvidos no conflito, que certamente não será a burocracia estatal, posto que esta prima exatamente pela formalidade equi-distante entre as partes. Pode-se identificar, então, um objetivo claro que é a abolição do sistema penal centralizado⁶².

Retomando DE FOLTER⁶³, pode-se identificar que se a palavra-chave – para fins de abolicionismo penal – em MATHIESEN é a *contradição e competição*, e em FOUCAULT é a *oposição*, em HULSMAN a chave estaria na *conversão*. Um conjunto de conversões é o caráter propositivo deste autor, o que perpassa, inclusive, pela conversão da própria gramática utilizada no sistema penal. Assim, a abolição do sistema penal requer não somente a conversão de um sistema centralizado para outro descentralizado, já que isto é insuficiente. Um sistema descentralizado que continua preso às categorias e à gramática penal, seria apenas um sistema penal descentralizado. É por isso que a conversão opera a nível linguístico-ontológico: destituir a noção de crime, bem como transformar o vocabulário.

Assim, estar-se-ia operando a nível fenomênico, já que a direção proposta é sair do nível do fenômeno, representado pelo *ser* do crime, e voltar ao real em si, a nível do *ente*, representado pelo conflito. Tudo o que há, em termos de real, é apenas conflitos⁶⁴. Estes seriam pontos de partida. A linguagem jurídico-penal é apenas uma interpretação

⁶¹ V. DE FOLTER, *op.cit.* p. 42.

⁶² Abolir o sistema criminal centralizado poderá resolver diversos problemas oriundas desta centralização, como o problema da estigmatização, da expropriação dos conflitos, a marginalização de grupos especiais e a dramatização de vários conflitos pela mídia de massa.

⁶³ *Op. cit.* p.43.

⁶⁴ «*Crime is not the object but the product of criminal policy. Criminalization is one of the many ways to construct social reality*». HULSMAN, Louk. *Critical Criminology and the Concept of Crime. Contemporary Crises*. Vol. 10, 1986, p.313

fenomênica da realidade, a qual opera a partir de pares dicotômicos, como crime/pena, culpado/inocente.

Utilizando as próprias categorias do autor, pode-se identificar alguns Pressupostos do seu pensamento abolicionista, como a distinção entre a natureza do fato e a burocracia, tendo em vista que «*no hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un “hecho punible”*»⁶⁵. Assim, que denominador comum existirá entre um comportamento agressivo no interior da família, a fabricação de moeda falsa, a detenção e aproveitamento de coisas roubadas, furto qualificado e uma tentativa de golpe de Estado? Situações tão díspares entre si, tão complexas nas suas motivações, são, entretanto, unificadas pela competência formal do Estado. Todas elas são, ao fim e ao cabo, presas à noção de delito.

1.2.4.3 Os pressupostos da corrente abolicionista-genealógica em FOUCAULT: as *rupturas* fundamentais, o papel da *oposição* e a justiça na pós-modernidade

Acaso haveriam razões para duvidar do potencial do pensamento abolicionista de FOUCAULT? Apesar de construir um pensamento autônomo carregado de ferramentas teóricas capazes de auxiliar a crítica às violências promovidas por instituições – como asilos, hospitais psiquiátricos e prisões, bem como ter sido engajado em atividades concretas, nomeadamente no âmbito do GIP⁶⁶, ainda hoje pode não ser usual enxergá-lo enquanto abolicionista penal.

A partir da sua concepção sobre o papel do intelectual específico⁶⁷, FOUCAULT identifica que sua função é abolir os limites e as condições que impedem os detentos de

⁶⁵ DE FOLTER, *op. cit.* p. 92

⁶⁶ A loucura e o crime são comparáveis, posto que são institucionalizadas no espaço social como relevantes para a exclusão. Assim, já em *l'Histoire de la folie* certas passagens indicam já a necessidade de analisar o sistema carcerário. É o que será iniciado em 1970 constituindo um grupo polimórfico, heteróclito e horizontal, a partir da transversalidade dos saberes de advogados, magistrados, pesquisadores, detentos, etc., cujo objetivo inicial era dar «voz aos detentos», mas de forma que eles pudessem falar si próprios. Nem uma associação de intelectuais, nem um partido político, o *Group d'Information sur les Prisons* nasceu enquanto uma mobilização. Neste sentido, ver em KIEFER, Audrey. Michel Foucault: Le GIP, l'histoire et l'action. Tese de Doutorado em Filosofia. Universidade de Picardia, 2006. 222p. Disponível em: <<https://detentions.files.wordpress.com/2009/03/audrey-kiefer-foucault-le-gip-lhistoire-et-laction1.pdf>>. Acesso em 21 ago 2021.

⁶⁷ A figura do intelectual específico, de Foucault, é construída como oposição à do intelectual universal, esta última defendida por Sartre. O principal ponto de discordância entre os autores é a respeito da visão totalizante destas últimas figuras, enquanto profetas e portadores da verdade. O ponto de concordância, contudo, é o engajamento político do intelectual. Para Foucault, uma de suas conclusões no GIP foi justamente perceber

falarem por si próprios. Em termos de Pressupostos, pode-se identificar já aqui um grande contributo para o debate pós-estruturalista, já que as lutas abolicionistas são localizadas e relacionadas a um domínio específico, onde as pessoas encontram-se oprimidas. Não há o pressuposto da totalização da luta abolicionista sob o guião da verdade⁶⁸.

Um ponto que torna ainda mais interessante o pensamento foucaultiano é em como ele enxerga a problemática da resistência dentro ou fora dos mecanismos institucionais. Se acaso a proposição de MATHIESEN era por manter o *unfinished* enquanto estratégia para desviar dos *defined in/defined out*, FOUCAULT adota uma estratégia de combate, do qual não se deve fugir da luta, mas é precisamente a partir dela que se pode contra-atacar⁶⁹.

Provavelmente o que causa divergência entre os autores é a concepção sobre o poder, já que Foucault apresenta uma concepção anti ou pós-moderna em relação ao saber. Em MATHIESEN tem-se uma concepção ainda «ingênua», em que a repressão advém do Estado, de modo a legitimar a estratégia da contradição. Em FOUCAULT, do contrário, tem-se que o poder é uma rede de relações de poder, de modo que a resistência não está fora desta relação, não podendo resistir fora da repressão.

Aqui certamente devemos entender o que é poder para FOUCAULT, já que ao contrário de uma visão em que o poder seria negativo ou uma força de destruição, podemos entender com este autor que na verdade o poder é produtivo. Uma relação saber-poder-subjetividade é configurada em seu pensamento, senão vejamos.

O pensamento de Michel FOUCAULT é organizado em três grandes fases: arqueológica, genealógica e ética. Em *l'Archeologie du savoir*⁷⁰, o Autor está centrado em percorrer os domínios das formações discursivas, o que chama de arqueologia. Então o Foucault-arqueólogo está interessado na formação do saber enquanto prática discursiva em diferentes domínios, procurando entender como que surge o critério para identificação do verdadeiro e do falso a partir destes discursos. A ideia por trás de uma «arqueologia» é a de

que os detentos não precisam dos intelectuais para poder formular suas próprias teorias sobre a prisão, a penalidade e a justiça, de modo que o papel do intelectual nunca passava por invalidar o saber das massas. Neste sentido, ver em FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. trad. Roberto Machado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p.69-79.

⁶⁸ DE FOLTER, p.53, *op. cit.*, está de acordo com nosso ponto de vista: «*there is no totalisation of the abolitionist struggle under the guise of truth. If we can speak about the generality of the struggle it derives from the system of power itself, from all the forms in which power is exercised and applied*».

⁶⁹ *Ibid.* p.54, «*when your adversary tries to tackle you, there will certainly be a moment that he is in a weak position, for example because of the fact that he is standing on one leg and not entirely in balance*».

⁷⁰ Ver p.177. *op. cit.*

ter como objeto de pesquisa o acontecimento⁷¹, dimensão esta que a aproxima da atividade do historiador.

Ainda em sua fase arqueológica, tem-se que FOUCAULT pretende investigar os diferentes saberes – científicos, filosóficos, jurídicos, religiosos, etc. – de modo a identificar a constituição do sujeito e do objeto em cada um desses saberes. Então ao analisar o objeto «loucura», ele não parte de uma categoria universal sobre o sujeito. Na verdade, há o processo de objetivação, ou seja, constituição da loucura enquanto objeto de algum saber específico, bem como o processo de subjetivação, ou seja, a constituição de um sujeito do saber. Negar a pretensão de universalidade é uma questão de método em Michel FOUCAULT⁷², sendo este um pressuposto para entender toda sua obra e os motivos de discordância teórica deste com a filosofia de Sartre ou a de Marx.

Há, certamente, muitas aproximações entre os Pressupostos teóricos em Foucault e em todo o pensamento pós-estruturalista, já que aquele é contemporâneo deste. Um ponto crucial é entender que todos estão criticando a ocidental tradição metafísica, nomeadamente o método dialético, que tanto é fundamental para aquele pensamento. Seu trabalho pretende começar sempre pelo negativo, de se libertar das noções sobre o tema da continuidade⁷³.

Tanto é a relação com o pensamento pós-estruturalista, que justamente DELEUZE é quem realiza uma análise da concepção foucaultiana de poder, que acaba por diferenciar-se tanto do aspecto normativo, quanto do aspecto materialista. Assim, tem-se que o postulado da propriedade⁷⁴ é negado pelo do exercício; o postulado da localização⁷⁵ é negado pelo da

⁷¹ Ver p.257-258 em FOUCAULT, Michel. *Ditos e Escritos*. Vol. IV. 2 ed. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

⁷² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p.3-5. Acerca do «método» em Foucault, temos a proposta de uma inversão do autor em relação à Sociologia e à Filosofia Política. Ao invés de explicar a História utilizando as categorias universais, tais como Estado, povo e sociedade, para explicar as práticas concretas, ele parte exatamente destas práticas sociais concretas supondo que os universais não existem: então como contar a História da Loucura supondo que este algo chamado loucura não exista?

⁷³ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir*. Éditions Gallimard, 1969. p.31

⁷⁴ Acaso o poder não seria propriedade de uma classe? Foucault mostra que não, já que poder não é posse, é exercício, de modo que não se pode ter poder, mas apenas exercê-lo. Logo, poder não é privilégio de uma classe, mas é um conjunto de estratégias que pode ser utilizado por diferentes classes. Ver em DELEUZE, Gilles. Foucault. Trad. Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2005, p.34-35.

⁷⁵ Acaso o poder não seria aquele exercido pelo Estado? Para Foucault o que há é o poder disciplinar típico das sociedades modernas. Mas justamente por ser um poder, a disciplina não é uma instituição. Ela é um poder transversal às instituições, sejam elas estatais ou não. Logo, não há um «lugar privilegiado como fonte do poder». *Ibid.* p.36.

difusão; o postulado da subordinação⁷⁶ à estrutura econômica é negado pela impossibilidade de uma posição de exterioridade do poder com outras relações; o postulado da legalidade⁷⁷ é negado pela correlação estratégica de forças.

Tem-se então, a partir da esquematização do pensamento foucaultiano traçada por DELEUZE, que a concepção sobre poder está no centro – ou é um dos centros⁷⁸ – de gravidade para entender o Autor. A identificação do poder com o Estado de fato leva à concepção prática de um poder dirigente, centralizador, cujo objetivo é conquistar o poder de Estado. Mas seguindo o método foucaultiano, ao negar-se o universal (suspendendo as categorias de Estado e classe, por exemplo), temos na verdade que é a prática com um partido dirigente e centralizado que é justificada pela teoria do poder, ou seja, tem-se mais uma racionalização do poder para fins de justificar uma prática. É por isso que FOUCAULT apresenta-nos um horizonte totalmente diferente para repensar a relação entre teoria e prática, cuja crítica não pode ser ignorada, apesar de não ser impossível contracriticá-la.

Devemos, entretanto, entender melhor o que representam os postulados acima, bem como entender como e porquê representam rupturas com o pensamento moderno-ocidental. Ainda mais importante, para este estudo, é entender como estas rupturas são fundamentais para as ciências criminais e, especificamente, para o abolicionismo penal. Vejamos, neste sentido, como LEMOS⁷⁹ configura uma correta relação entre estes pressupostos filosóficos de FOUCAULT com a possibilidade da *práxis* de uma «justiça pós-

⁷⁶ Acaso o poder, centralizado pelo Estado ou difusamente exercido, não seria fruto do modo de produção? Em Foucault a imagem piramidal marxista (na qual a base – forças produtivas conjugadas com as relações de produção – determina a superestrutura, onde encontra-se o direito e a economia política, por exemplo) é substituída pela «microanálise funcional», já que o poder não possui uma centralidade global nem uma totalização: ele é imanente. *Ibid.* p.37.

⁷⁷ Acaso o poder de Estado não é expresso na lei? Novamente, não. A legalidade é entendida, usualmente, como um estado de paz imposto às forças brutas, cuja oposição é a ilegalidade. O papel da revolução, neste sentido, seria sempre o de alegar outra legalidade, o de instaurar um outro aparelho de Estado. Mas para o Autor, **a lei é na verdade uma gestão de ilegalismos** (grifo nosso), é uma distribuição e controle dos ilegalismos. Uma espécie de tradição tanto das Repúblicas, quanto das Monarquias ocidentais é justamente erigir a Lei como princípio do poder, entretanto. O modelo jurídico é reivindicado para esta representação jurídica, mas na realidade apenas «recobre o mapa estratégico», pois a gestão dos ilegalismos persiste. Assim, a legalidade não é nem um estado de paz, nem o resultado de uma guerra ganha: **a legalidade é a estratégia dessa guerra** (grifo nosso). *Ibid.* p.39-40.

⁷⁸ Um dos centros já que em termos de Dispositivo, Foucault apresenta-nos a relação saber-poder-subjetividade.

⁷⁹ A hipótese de sua Tese de Doutorado é que a justiça penal é constituída por «discursos e práticas precários». O seu objetivo é demonstrar que estes discursos historicamente situados podem e devem ser superados. A sua principal ferramenta teórica é precisamente a análise de Foucault sobre o poder moderno e as três dimensões «verdade-governo-subjetivação». LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Foucault e o abolicionismo penal. [Tese de Doutorado]. Departamento de Pós-Graduação em Direito. João R.W Dornelles (Orientador). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). 2018.

penal». Quatro rupturas operadas pelo pensamento foucaultiano são decisivas para uma proposição crítica do abolicionismo penal, algumas das quais já foram brevemente apresentadas. Devemos, contudo, aprofundar o seu entendimento e correlacionar com o objeto deste estudo.

1.2.4.3.1.1 As *rupturas* fundamentais: (1) negar o poder centrado na repressão

Uma primeira ruptura é a de negar o poder enquanto centrado na repressão⁸⁰. Embora não refute a existência de repressão, Foucault nega que o exercício do poder se esgote nela. Ora, poder é positivo, ou seja, é algo produtivo, em oposição ao caráter negativo (repressivo) como usualmente entendemos. Então o poder não é exatamente a lei, a pena, as instâncias repressoras como o aparato policial. Na verdade, as instituições como a prisão e o hospital psiquiátrico derivam de uma função primária, que é o biopoder.

A nossa interpretação é no sentido de que, se o aparelho estatal é movido para reprimir um indivíduo que cometeu um delito (caráter negativo do poder, a exceção), é porque já existe um poder prévio que expandiu-se sobre a sociedade, construindo as normalizações (o caráter positivo do poder, a regra), construindo códigos de conduta. Assim, as normas que sancionam penas, como as do código penal, representam apenas uma parcela do poder, e talvez, a menor parte dele.

1.2.4.3.1.2 As *rupturas* fundamentais: (2) negar o poder centralizado no Estado

Acaso não seria o Estado o monopólio do uso legítimo da força física? Relembrar a WEBER aqui parece ser interessante já que a perspectiva foucaultiana rejeita a unidirecionalidade com que se exerce o poder, entre Estado e Sociedade Civil, de modo que uma certa contraposição de ideias torna-se frutífera. Em WEBER, tem-se que o conceito de Estado poderia ser eliminado acaso não se pudesse utilizar a violência em um determinado território. De modo que a política passa a ser o esforço em compartilhar⁸¹ ou distribuir o poder.

⁸⁰ *Ibid.* p. 46-49.

⁸¹ WEBER, Max. *Politics as a Vocation*. Trad. H.H. Gerth and C. Wright Mills. In. *From Max Weber: Essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, 1946, p.77-128.

Mas em FOUCAULT não há esta centralidade do poder no Estado. Deve-se falar em governamentalização e as suas crises, em rejeição a uma teoria do Estado. Ele não constrói uma teoria que vá dar conta da natureza do Estado e, partir daí, deduzir sua estrutura e funções. Por duas razões⁸²: (1) porque a História não é uma ciência dedutiva; (2) porque o Estado não tem essência. Assim, negando ao método dedutivo, à medida em que realiza uma deontologização do Estado, Foucault descredibiliza-o enquanto fonte autônoma de poder.

O Estado não é o centro do poder, por isso que Foucault rejeita às visões em que preponderam o sentido de «tomada de poder», de utilização estratégica das instituições estatais. Para o Autor, o Estado não é causa, mas efeito de um regime de governamentalização. Isto diferencia-o de Marx, na análise sobre o Estado, já que não há nenhuma busca por encontrar os segredos do Estado, tal como Marx tentava arrancar os segredos da mercadoria em suas investigações⁸³.

Então o primeiro ponto é destacar como a nossa filosofia política ainda está presa na relação entre poder-lei, cujo debate marcou profundamente a oposição entre a força do direito e o arbítrio dos soberanos. Mas se acaso pensarmos o poder como uma *microfísica*, então teremos que retirar do pedestal o privilégio teórico da lei e da soberania.

Ao proceder assim, tem-se a recusa entre uma oposição binária entre dominadores e dominados. O que há são relações de poder entre indivíduos, de maneira capilarizada, difusa. Elas são, simultaneamente intencionais e não-subjetivas. Intencionais porque toda relação de poder são atravessadas por um cálculo (exige-se sempre um fim, um objetivo). As relações de poder entre indivíduos passam por um processo de governamentalização, de modo que estas relações assumiram a forma-estado. Mas isso não significa que o Estado é o ator principal. A governamentalização permanece difusa.

Retomando a *Microfísica do Poder*, tem-se a governamentalidade e a questão de como governar e ser governado, como categoria de análise do poder, em vez da categoria Estado. O Autor, ao rejeitar a literatura «monótona» da análise dos dois movimentos opostos da Reforma e da Contrarreforma para identificar a questão da governamentalidade moderna - o movimento de concentração estatal ou de dispersão e dissidência religiosa - prefere dar ênfase a uma literatura anti-Maquível, na qual já identifica uma pluralidade de significados no concepção de governo: «o príncipe governando seu Estado é apenas uma modalidade de

⁸² FOUCAULT, 2008, p.105. *Op. cit.*

⁸³ *Ibid.* p.106.

governo»⁸⁴, posto que ao pai cabe governar a família, ao professor o discípulo, ao pedagogo a criança. Assim, o que identifica são as práticas concretas das relações de poder, que entretanto, passam por processos de governamentalização na modernidade, assumindo formas cada vez mais estatais, mas não delas derivando.

1.2.4.3.1.3 As *rupturas* fundamentais: (3) negar a subordinação do poder à economia

Esta ruptura é fundamental para ser entendida, posto que foge dos esquemas tradicionais do materialismo dialético. Afinal, como fugir do entendimento de que o poder é produto das relações de produção, sobretudo na era neoliberal? Custa entender este ponto se acaso pensarmos ainda o poder enquanto centrado no Estado. Isto porque realmente se ele está centralizado na figura do Estado, então ele seria superestrutura. Do contrário, para Foucault o poder é constitutivo e não superestrutura. É perceptível quando o Autor analisa o neoliberalismo enquanto um processo ativo da governamentalização, a qual requer um papel altamente ativo por parte do Estado, ao invés de pensar esta recente estruturação do capital enquanto um «estado mínimo», como pensou a economia política liberal.

Aqui fica claro o distanciamento entre os pressupostos teóricos de FOUCAULT e Marx, pois a centralização do poder nas relações econômicas requer uma elevação da categoria trabalho a uma essência concreta do homem. Mas «trabalho» é desde já inserido em relações de poder. Assim, ao ser questionado em que sua posição difere da do materialismo histórico, o Autor diz:

«O corpo existe no interior e através de um sistema político [...] Marx pensava – e ele o escreveu – que o trabalho constitui a essência concreta do homem. Penso que essa é uma ideia tipicamente hegeliana. O trabalho não é a essência do homem. Se o homem trabalha, se o corpo humano é uma força produtiva, é porque o homem é obrigado a trabalhar. E ele é obrigado porque ele é investido por forças políticas, porque ele é capturado nos mecanismos de poder.»⁸⁵

Para além das diferenças metodológicas entre materialismo e genealogia, o que nos importa aqui é entender o porquê da rejeição à dimensão econômica enquanto centralidade na disputa pelo poder. Como esclarecido na passagem, é justamente por entender que há muitos outros elementos para além da categoria trabalho que estão envolvidos

⁸⁴ *Microfísica do Poder... Op. cit.* p.165

⁸⁵ *Ditos e Escritos... op. cit.* p 259.

nas relações de poder. Assim, não se fala, junto a FOUCAULT, em relações de produção, mas em relações de poder. Como diz o Autor, vários temas como a psiquiatria e a sexualidade eram considerados marginais na Europa, pois a centralidade estava sempre na exploração dos trabalhadores. Só mediante o processo de desestalinização é que perceberam que estes temas eram categorias centrais no domínio político. Sobretudo porque o poder não está preso na dimensão das instituições de Estado, mas totalmente difuso na família, na vida sexual, no tratamento aos loucos, aos homossexuais, aos encarcerados, nas relações entre homem e mulher. Para FOUCAULT, o exemplo da União Soviética é importante para identificar esta capilaridade: é possível mudar as relações de produção (mudando também o Direito e as relações de propriedade), sem mudanças concretas naquelas outras relações de poder, como o tratamento dos prisioneiros, as relações homem-mulher⁸⁶.

1.2.4.3.1.4 As *rupturas* fundamentais: (4) negar o humanismo

A última ruptura, e talvez a mais importante, é a de negar o humanismo⁸⁷. A mais importante pois é aquela que relaciona as três dimensões: saber-poder-subjetividade. Questiona FOUCAULT sobre a produção das ciências humanas e o homem enquanto objeto empírico destes saberes, já que nenhuma filosofia, nem nenhuma opção política ou moral, ou ainda nenhuma observação sobre o corpo humano ou sobre as paixões, jamais encontrou alguma coisa como o homem. Mas a modernidade faz este processo de subjetivação, de colocar o homem como objeto de estudo, ao mesmo tempo em que coloca-o como o sujeito conhecedor. O homem enquanto o ser com a capacidade para aprender sobre si.

Mas que seria o homem, afinal? E qual a repercussão da concepção moderna de homem nas ciências (nomeadamente as do campo criminal) e sobre a sociedade? Responder a estas questões é fundamental para entender a negação ao projeto humanista, bem como para entender a crítica pós-moderna. Eis a razão para demorarmos-nos ainda mais em Foucault.

Devemos retomar a problemática entre finito e infinitude agora em FOUCAULT para compreendermos a subjetividade. O Autor dirá-nos que o homem é *locus* de uma duplicação empírico-transcendental. Ora, o homem é pensado aparentemente sempre como

⁸⁶ *Ibid.* p.262.

⁸⁷ LEMOS, *op. cit.* p.67.

um ser ambíguo. É composto pelo corpo e pela mente. Aquele, da ordem da *physis*, esta, da ordem do *logos*. Isto porque o corpo é regido pelas leis naturais, as quais um tanto diferem da alma na qual encontra-se o pensamento. O corpo humano é, então, limitado, previsível e, portanto, finito, uma vez que ele está submetido às leis, sendo por elas regido. Ao passo que na alma, onde encontra-se o pensamento, o homem é infinito, posto que tem a capacidade de ordenar o mundo.

No século XVIII o Iluminismo enfrentava ainda as oposições entre o racionalismo continental e o empirismo inglês. Para o Século das Luzes a ideia de finitude era negativa, posto que limitava o homem, retirava sua liberdade, fazia da sua experiência uma previsibilidade tal como a dos animais irracionais. Contudo, a pertinência do empirismo em dar à experiência concreta a fonte do entendimento humano, construiu uma utilidade na concepção de finitude. Ao pensar o homem tal qual pensa a natureza, a Modernidade identificou o potencial do empirismo⁸⁸. Assim, se há leis naturais que regem e explicam os fenômenos naturais, deve haver também leis que regem os corpos humanos e corpos sociais. O papel do ser humano é ser conhecedor, de si e dos demais. Seu destino é emancipar-se da natureza, diferenciando-se dos demais animais e, à medida que constitui sua própria natureza – a cultura, por meio da razão – evolui. Assim, um ideal de homem é constituído: sujeito humano universal, que ao utilizar-se da razão encontra autonomia e livre-arbítrio, negando sua menoridade.

Porém, se o método de negar os universais de FOUCAULT é empregado, certamente ter-se-á variadas problematizações contemporâneas oriundas desse processo de subjetivação. A linha humanista toma sempre como base um ponto de partida sobre o sujeito, para depois legitimar algum poder racionalmente. A linha genealógica – herança nietzschiana – faz sempre duvidar do saber, já que este nunca é puro.

Assim, há duas coisas que escapam à objetividade da razão universal. O corpo e a cultura. O corpo aqui não é a dimensão orgânica, já que esta é finita e regida pelas leis naturais. Aqui o corpo é a dimensão empírica do homem, é a experiência do corpo no espaço e, portanto, a experiência singular de cada indivíduo: a história única de cada um de nós

⁸⁸ Uma incursão à construção da subjetividade clássica e Iluminista é realizada em DE OLIVEIRA, Fátima Cristina Regis Martins. Os processos de subjetivação moderna e suas problematizações na contemporaneidade. *Logos* (UERJ. Impreso), Rio de Janeiro. V.1. 12, p.11. O propósito deste artigo é problematizar o processo de subjetivação contemporâneo em decorrência das novas tecnologias de modo a questionar se não seriam apenas identidades pré-fabricadas. Contudo, a reflexão baseada em Deleuze e Foucault nos é útil para entender estes processos.

como indivíduos. Por outro lado, a cultura é aquilo que antecede o corpo, pois ela traz uma série de valores e crenças que atravessam o homem. Assim, o homem ao exteriorizar sua subjetividade precisa da linguagem, mas esta sempre lhe precede. Uma sensação estranha de nunca sentir-se contemporâneo de si⁸⁹, por desconhecer a História que faz parte da cultura e que o determina: é a dimensão transcendental. Isto porque ela transcende o espaço-tempo, é anterior ao indivíduo e independente do seu corpo. Essa dicotomia chamada empírico-transcendental, que é a chave para entender o homem, é equacionada na modernidade em uma maneira em que o corpo é visto como o impedimento para a racionalidade universal, já que ele é sempre o ponto fora da curva da generalidade, pois dele vem o mistério do singular (cada indivíduo é único e singular, por sua experiência ser irrepetível em outrem).

Qual a saída reivindicada pela Modernidade? Transformar este ponto fora da curva, inserindo-o dentro de uma racionalidade calculável, de modo que o singular já não seja assim tão imprevisível e único, sendo então enformatado em formas sociais, por meio da disciplina dos corpos. No final, o sujeito guiado pela razão irá educar ao corpo, tornando-o dócil e manipulável (produtivo). A generalidade destes sujeitos embora unificados é a representação do Estado, de modo que o homem ao negar a barbárie e a menoridade, decide fazer o uso da razão para emancipar-se, de modo que todos os demais deve igualmente fazê-lo, constituindo o Estado e o ideal de sociedade igualitária. Esta é a linha percorrida pelo humanismo: o discurso universal constituído a partir do sujeito universal, a partir do qual deriva o projeto político de civilização, já que a capacidade de interferência deste sujeito universal é um saber-poder/poder-dever.

Acaso não ficou claro, é exatamente o ideal pela igualdade e generalidade que está em jogo. O Estado surge exatamente pelo ideal de uniformizar o corpo e disciplinar a subjetividade moderna, construindo regras de civilidade. O projeto civilizatório da modernidade surge como um dever, com intuito de uniformizar todas as culturas, a partir da articulação das duas dimensões, corpo e cultura, constituintes do homem. O pressuposto é, certamente, o do Sujeito Universal. Este sujeito não é «achado» na natureza: ele precisa ser produzido e as ciências humanas não isentam-se deste papel, pois na verdade são elas as principais responsáveis.

Para esclarecer este ponto sobre a produção do sujeito, é necessário averiguar como FOUCAULT configura historicamente a relação verdade-sujeito. Em *Subjetividade e*

⁸⁹ DE OLIVEIRA, *op. cit.*

Verdade⁹⁰ o autor mostra que há 3 formas de compor a relação entre subjetividade e verdade: «filosófica», «positivista» e «histórico-filosófico». O que está em causa aqui é a antiga questão de como é possível o conhecimento, «como e em quais condições posso conhecer a verdade», e se aquele que conhece como pode saber se o que conhece é verídico. Essas são as indagações que Foucault chama de «filosóficas», mas que poderíamos chamar também de ontológicas (posto que questiona como o sujeito pode ter acesso à verdade). Contudo, se a produção de conhecimento exige o par sujeito-conhecedor/objeto-conhecido, que verdade teríamos ao sujeito em si? É um passo para a subjetivação que ocorre na modernidade - Filosofia do Conhecimento/Epistemologia -, mas que o Autor chama «por comodidade» de positivista: como o sujeito pode acessar a verdade sobre si mesmo?.

Mas não é certamente nenhuma dessas perguntas que faz FOUCAULT. Investigando a História dos Sistemas de Pensamentos, o que formula é um terceiro tipo de questão, que não se volta nem ao Ser ou objeto, nem ao Sujeito ou às possibilidades de conhecimento, *i.e.*, que experiência o sujeito pode fazer de si mesmo no momento em que – negando aos universais –, se vê na obrigação de reconhecer algo que passa por verdadeiro?⁹¹

Ora, é exatamente este ponto que interessa-nos: o seu método genealógico-histórico, a partir do qual o autor formula uma terceira classe de pergunta. É que em toda sociedade provavelmente, ou ao menos em nossa, há certos discursos sobre o sujeito que reivindicam a verdade para si, de modo que eles veiculam por toda nossa sociedade com o peso da verdade – ou seja, são tomados como verdades – independentemente do seu valor universal de verdade. Sejam eles impostos ou reconhecidos pelo consenso.

Deste modo, FOUCAULT não repete a forma de questionar sobre o «conteúdo» da verdade, ou se acaso esta precisaria seguir algum rigoroso método pelo qual extrair-se-ia sua «forma». Ele parte da historicidade, querendo saber como isto afeta o sujeito concreto na sua vida. É assim que ele indaga a experiência que o «sujeito criminoso» tem de si mesmo, a partir do momento em que se vê obrigado a reconhecer o «crime» enquanto categoria universal. É também desta mesma forma que o Autor opera nas dimensões da loucura, da morte, da doença e da sexualidade, embora nesta última haja algumas diferenças⁹².

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. Subjetividade e Verdade. trad. Rosemary C. Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.11.

⁹¹ *Ibid.* p.12.

⁹² O que une as quatro primeiras categorias é a relação de rejeição: crime, loucura, morte e doença. Ou seja, o sujeito é sistematicamente levado a rejeitá-las. Com a sexualidade é diferente, já que a rejeição é empreendida na medida de uma valorização entre diferentes formas da sexualidade.

É neste sentido que pode-se entender a relação saber-poder-subjetividade em FOUCAULT. Este Autor pretende percorrer uma genealogia do sujeito – aqui mais uma vez recorrendo ao método nietzschiano, tentando demonstrar a historicidade do sujeito, de modo que este não seja mais pensado enquanto um homem transcendental – homem universal, que existe independentemente da história, não limitado pelas condições empíricas do espaço-tempo, portanto absoluto. Ora, é esta a distinção basilar que opera o Autor em relação ao pensamento clássico ou moderno: a de que este homem alcança a verdade quando destituído de poder. De novo com LEMOS⁹³, o discurso humanista faz operar uma distinção entre saber e poder, de modo que a verdade só é detectada por um método não-político ou conforme FOUCAULT, enxergam-se as ciências humanas enquanto ciências naturais. Entretanto, não é possível exercer poder sem saber, da mesma forma que não é possível que o saber não engendre poder.

Assim, se as ciências humanas não operam como as da natureza, o Autor argumenta que são as relações de veridicção que são alçadas enquanto regime de aferição da verdade. Estes critérios são sempre condicionados pelas relações de poder e pela História, de forma que uma verdade nunca transcende a História. Da mesma forma acontece com o sujeito, que não é um dado pré-fabricado, nem possui uma essência universal, mas é ativamente produzido por relações de poder que constituem os critérios da verdade do discurso universal. Assim, as relações de poder da modernidade, por exemplo, fazem emergir o saber criminológico, o qual estabelece os critérios para a construção do sujeito criminoso.

Do ponto de vista «histórico-filosófico» de FOUCAULT, os discursos sobre o sujeito criminoso é dotado de veridicidade. Isto porque a verdade é concebida por si como um sistema de obrigações⁹⁴, ou seja, a verdade enquanto vínculo, enquanto relação – entre o saber criminológico e o criminoso, por exemplo –, independentemente do seu conteúdo. Ou seja, a Escola Positivista não produz discursos menos verdadeiros que o *Labelling Approach* ou mais verdadeiros que a Escola Clássica, pois tratam-se de diferentes regimes de veridicidade. O que importa para o pensador francês é identificar estes diferentes regimes que produz diferentes discursos, a partir da suposição de que o conhecimento sempre está imerso em uma relação de poder. De forma que tanto o saber psiquiátrico, quanto o saber

⁹³ *Op. cit.* p.69.

⁹⁴ Subjetividade e Verdade. *op.cit.*, p.13-14.

criminológico não escapam de tais relações, constituindo, portanto, diferentes regimes. Afinal, o louco nunca fala por si, senão pelo médico que transporta o saber psiquiátrico, da mesma forma que o sujeito criminoso é assim retratado sempre por um portador do saber criminológico, como juristas, burocratas, especialistas em direito penal, etc.

Assim, o que entendemos e defendemos com esta atitude de opor-se ao humanismo é pretensamente a de opor-se ao sujeito ideal, desconsiderando esse parâmetro pelo qual move nosso conhecimento. Se antes o sujeito era o princípio ou fundamento, agora ele passa a ser enxergado enquanto produto; ao invés de ponto de partida para a seara criminal, ele passa a ser entendido enquanto ponto de chegada. Assim, não seria o sujeito criminoso o fundamento para a instituição de um sistema de justiça criminal, mas é este sistema de justiça que opera construindo aquela subjetividade criminosa.

Um passo a mais devemos dar: se acaso seguirmos o método foucaultiano de negar aos universais, acaso deveríamos, portanto, voltar para o pressuposto da diferença? É por isto que devemos ouvir o que DERRIDA tem a oferecer-nos. É por isso que a Criminologia, enquanto saber de «área aberta»⁹⁵, deve levar a sério a crítica pós-estruturalista. Isto certamente é um caminho para responder à questão que inaugura este capítulo – de (re)aproximar Criminologia e Filosofia.

1.2.4.3.2 O papel da *oposição* na constituição genealógica do abolicionismo em FOUCAULT

Após perpassar pelos pressupostos teóricos do Autor, temos agora que tentar identificar como isto relaciona-se com sua visão abolicionista penal. Novamente, DE FOLTER ajuda-nos a compreender esta relação ao analisarmos o papel que a *oposição* assume.

O primeiro ponto de interação entre FOUCAULT e as prisões, é certamente na sua fase genealógica em que está interessado em investigar o poder. Para ele, a prisão é não só a demonstração de poder, mas sobretudo a demonstração mais visível, que talvez outras

⁹⁵ A terminologia área aberta encontra raiz em dois autores, um da Filosofia do Direito, prof. Aroso LINHARES, outro da Criminologia, David Garland. No primeiro, temos um mapeamento do pensamento jurídico contemporâneo, no qual é possível identificar os discursos juristicistas e os discursos de moldura (-*Rahmen*)/área aberta, estes últimos em que há indeterminação dos materiais jurídicos. Aqui nosso intuito é de fazer transpor esta análise – que é pensada para o domínio jurídico – fazendo identificar o que determina os discursos criminológicos: Haverá um núcleo fundamentante e constitutivo da Criminologia ou acaso ela é determinada por outros saberes (área aberta?). É por isso que citamos a Garland novamente, pois estamos de acordo de que a Criminologia é necessariamente «ecléctica», seja em seu método, seja em seus pressupostos teóricos. Neste sentido, ver LINHARES, José Manuel Aroso. Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo – Sumários Desenvolvidos. p.7; GARLAND, Disciplining Criminology, *op. cit.* p.23.

áreas do direito não expressem tanto quanto, já que com a prisão temos o poder em seu estado nu⁹⁶. Da mesma forma em que investiga os asilos psiquiátricos, o Autor debruça-se sobre as prisões inserindo-as não sobre uma linha teórica contínua, mas inserindo-as enquanto práticas das relações de poder constituídas por um domínio específico, que é certamente o domínio criminológico. Ou seja, o autor prefere dar ênfase à descontinuidade metodológica na análise do discurso penal, ao invés de inseri-lo como produto das relações econômicas –como faz o materialismo de MATHIESEN –, ou ao invés de inseri-lo como aparição fenomênica como na fenomenologia de HULSMAN e CHRISTIE.

Pensando nesta linha de descontinuidade, é possível entender a eventualização como marco teórico para pensar as prisões de maneira histórica. Enquanto os historiadores recusam-se a encarar as práticas sociais enquanto eventos isolados, tentando situá-las dentro de um princípio geral, a descontinuidade⁹⁷ opera no sentido inverso, de partir das práticas concretas e tentar situá-las dentro de uma multiplicidade das relações de força. É assim que a penalização é entendida como uma das formas de internamento que já existem, porém qualificadas com a forma jurídica. Mas essa formologia não é a garantia do poder. Não é o direito que enforma o poder, mas as práticas concretas, como a disciplina e a normalização.

É estranho assim pensá-lo, já que pressupomos que o poder é exercido por um soberano, tal como vemos a violência policial concreta ou uma sentença judicial proferida em um tribunal. Como é possível que o poder não esteja localizado na instituição policial ou judicial? Para FOUCAULT, entretanto, o poder disciplinar é que deve ser entendido como aquilo que é pressuposto, e ao mesmo tempo onipresente. Isto porque a disciplina está presente em todos os locais da vida moderna, como escolas, prisões, hospitais, locais de trabalho, etc. O que há são mecanismos de promoção da disciplina. A prisão é mais um deles.

O que levar-nos-á ao atual estado *neoliberal*...

⁹⁶ DE FOLTER... *op. cit.* p.56.

⁹⁷ *Ibid.* p.58.

1.3 Estado Neoliberal, Atuarialismo, a «Gestão dos Riscos»: Novos Pressupostos ou ameaças ao Pensamento e/ou às Práticas Restaurativas?

Para terminar este capítulo devemos ainda enfrentar o estado atual do Pensamento Criminológico, sua relação com o Estado neoliberal e as possíveis *ameaças* ao pensamento e práticas restaurativas. Isto porque o desenvolvimento do pensamento abolicionista, sobretudo em suas agendas positivas, fez desencadear uma profusão de práticas cujas raízes estão fincadas na crítica ao modelo retributivo, a partir de um resgate de práticas de resolução de conflitos de países como Nova Zelândia – *family group conferences*⁹⁸, Canadá, e práticas diversas de comunidades africanas. Contudo, à medida que essas práticas vão avançando, a agenda neoliberal também ganha destaque. Assim, três pontos serão abordados neste subtópico: (1) a concepção de neoliberalismo aqui entendida; (2) o entendimento sobre a criminologia atuarial; (3) a relação e uma crítica entre o neoliberalismo e o pensamento e práticas restaurativas.

1.3.1 O Neoliberalismo enquanto Pressuposição: a Nova Razão do Mundo e o Estado Penal

A primeira tarefa para enfrentar o pensamento atual da criminologia é pensar em termos de Pressupostos dados, seja no aspecto teórico, seja no aspecto prático. Por isso que considero fundamental analisar que relação o papel do neoliberalismo tem desempenhado e pode desempenhar enquanto influência direta ao pensamento abolicionista e direito penal.

Uma primeira aproximação é facilmente identificada já em WACQUANT⁹⁹, pois é notória a influência que as agendas neoliberais de Reagan e Thatcher tiveram acerca da expansão do sistema de justiça penal. Neste sentido, o Autor é contumaz em afirmar que papel exerce o *Estado Penal* dentro das práticas neoliberais que operam na redução do par antitético daquele, o *Estado Social*. De modo que não somente as determinações econômicas convergem para a mera expansão penal em detrimento da redução social, mas que na acepção do Autor é exatamente o Estado Penal que é utilizado *ativamente* para promoção da redução do seu par, pois ambos fazem parte da regulação neoliberal.

⁹⁸ BRAITHWAITE, John. Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. *Crime and Justice*. Vol. 25 The University of Chicago Press, (1999), p.2-3.

⁹⁹ WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault, and the Penal State in the Neoliberal Era. In Zamora, Daniel; BEHRENT, Michael C. *Foucault and Neoliberalism*. Malden: Polity Press, 2016, p. 115-118.

Neste sentido, o hiperencarceramento por que passam recentemente os países ocidentais, sobretudo os Estados Unidos, leva-nos a identificar a função desempenhada pelo aparato penal como órgão principal do Estado neoliberal, pois é a expressão de sua soberania e de sua penetração social. Neste sentido, a função primordial assumida pelas prisões é a da «mão direita» do Estado, em contraposição à «mão esquerda» assumida pelas políticas sociais. O neoliberalismo, neste sentido, representaria o refortalecimento do braço repressivo Estatal, de modo a influenciar a redução do lado caritativo, inflacionado pelo *Welfare State*¹⁰⁰.

Também seguindo a análise institucional de FOUCAULT, enxergando os limites da análise materialista e contrariando as lições de Marx, PIERRE DARDOT e CHRISTIAN LAVAL analisam o quanto a dimensão do Direito está longe de ser uma superestrutura do capital. Na verdade ele está integrado imediatamente na dimensão *infra*, precisamente das relações de produção. É ele, o direito, que viabiliza e constitui *ativamente* o Estado Neoliberal, não sendo fruto dele. Negar esta dimensão, é cair no inconsciente de todo economicismo de acreditar que apenas a dimensão econômica move o mundo¹⁰¹.

Sabemos, contudo, que a dimensão interna ao direito, difere daquela externa. Inserir o direito como parte da morfologia do capitalismo é uma posição eminentemente externa ao direito. A posição interna, por outro lado, é aquela que precisamente reivindica não a existência dada de uma autonomia, mas é aquela que busca os espaços de autonomia. Dessa forma, entendemos que o papel do Direito Penal e da Criminologia devem ser justamente o de construir, teórico e concretamente, tais espaços. É com base nesta ideia que entendemos ser necessário pensar o abolicionismo penal e a justiça restaurativa como uma forma de oposição aos pressupostos neoliberais. Iremos, assim, explicar qual a relação que há ou pode haver entre neoliberalismo e as críticas já existentes ao sistema criminal.

1.3.2 Política Criminal Atuarial e o pensamento criminológico do século XXI

Se acaso as primeiras Escolas e os primeiros Pensamentos Criminológicos apresentavam uma robusta racionalidade *a priori*, a qual seria capaz de desenhar precisamente os objetos constituintes do seu saber e guiar o projeto político de ciências

¹⁰⁰ WACQUANT, *op. cit.* p.120.

¹⁰¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova Razão do Mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. *Boitempo*: 2016, p.20.

integradas em nome da defesa da sociedade, o atuarialismo parece não apresentar mais do que uma racionalidade *a posteriori*, justificando seu domínio a partir da própria realidade em que se insere o sistema penal, cujo fundamento – perdido – deixou, inclusive, de ser explorado. De um *nothing works*¹⁰², passa-se a um estágio em que o sistema criminal não é mais produto de algum pensamento privilegiado de juristas, médicos ou filósofos.

Com Cláudia SANTOS, tem-se a releitura de que após a crise do paradigma etiológico e a ruptura operada na década de 1960 – a qual afirmava as características estigmatizantes, dessocializadoras e criminógenas do sistema penal, ao que propugnava a sua substituição –, um movimento reativo logo surgiu a partir da década de 1980, com o *Law and Order* a justificar o endurecimento das sanções. A corrente crítica, contudo, acabou diluindo-se em uma realidade complexa com a expansão do *sistema* punitivo. Surge, supostamente enquanto polo oposto, o papel do *sistema* da Justiça Restaurativa. Para a Autora, contudo, são sistemas não excludentes com visões distintas¹⁰³.

O papel *intersistemas* certamente possui uma função importante atualmente. Porém, entender a pluralidade de respostas requer a compreensão acerca dessa *viragem atuarial*, na qual, aparentemente, sai-se de uma ordem de justificação, como aquela em que se tenta procurar raízes normativas para a punição, das quais as teorias da pena são produto, para uma ordem de necessidade, na qual diante do descrédito das instituições e da desconfiança aos saberes tanto empírico, quanto dogmáticos, apenas aceita-se a necessidade em gerir os riscos, sejam estes forjados ou não. É por isso que a política criminal atuarial não é desenvolvida por intermédio de uma teoria da pena ou por uma teoria do direito. É precisamente porque supostamente não há mais razões – nem fundamento, nem propósito – para ressocializar, de modo que o sistema criminal (deve) opera(r), senão, pela eficiente gestão do risco.

Neste sentido, pode-se observar como pilares da Política Criminal Atuarial os instrumentos de identificação de risco em busca da eficiência na gestão da criminalidade.

¹⁰² Em MARTINSON, Robert. What Works? Questions and Answers about prison reform. *The Public Interest*. n.49, Spring 1974, p. 49., o autor questiona a reforma penal, demonstrando a fragilidade da prevenção especial positiva: «*I am bound to say that these data, involving over two hundred studies and hundreds of thousands of individuals as they do, are the best available and give us very little reason to hope that we have in fact found a sure way of reducing recidivism through rehabilitation*».

¹⁰³ Desenvolveremos este aspecto no último capítulo. Neste sentido, ver: SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a Mediação Penal «de adultos» em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 16, n.º 1, jan-mar., 2006, 86-91.

Este padrão de organização criminal é que surge após a deterioração das teorias ressocializantes, já que mais importante passou a ser a classificação dos detentos, inserindo-os em diferentes categorias, como os de baixo risco e o de alto risco¹⁰⁴.

Neste sentido, tem-se uma variedade de mecanismos a partir dos quais é possível extrair um prognóstico atuarial, como o *Adult Internal Management System*, *Interpersonal Maturity Level Classification System*, *Correctional Classification Profile*, de modo a gerir a concretização da prevenção especial negativa, criterizando o recluso em frequência, intensidade e identidade de seus relacionamento pessoais, definindo em qual instituição deve cumprir a sentença penal condenatória, de modo a contribuir, ao fim e ao cabo, para as flexibilizações das normas jurídicas em matéria de execução penal¹⁰⁵.

1.3.3 Pensar *uma* ética da juridicidade penal? Confrontando o Pressuposto Neoliberal e a Política Criminal Atuarial na emergência da Justiça Restaurativa

Em um recente artigo, AMY J. COHEN inicia seu artigo tratando do atual (suposto) *consenso bipartido*¹⁰⁶ no sistema de justiça criminal (norte-)americano, no qual tanto a ala à esquerda, quanto a ala à direita, em se tratando dos decisores políticos, partem ambos da literatura crítica de repensar o papel do judiciário quando confrontados com o problema do encarceramento. Se o lado mais à esquerda pensa o problema do crime por meio da interseccionalidade raça-classe-gênero, o lado mais à direita critica a retribuição criminal a partir da racionalidade econômica, da qual fazem parte a análise do custo-benefício, a teoria da escolha pública e a lógica atuarial aplicada aos problemas sociais – reforma penal neoliberal, em síntese.

Mas o ponto mais revelador deste artigo é justamente o de identificar uma falha cometida pelo espectro político da esquerda: há um entrelaçamento entre a lógica econômica e a lógica moral, de modo que a esta última interessa-lhe igualmente a reforma penal.

¹⁰⁴ DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial. A Criminologia do fim da História. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2012. 309 p. Ver nas páginas 92-94 a explicação de que os presos de alto risco seguem a lógica da «warehousing», que institui a máxima neutralização e menor contato social possível, abandonando qualquer ideia de ressocialização, ao passo que os de baixo risco segue a lógica do «Boot Camp», cuja ideia é apenas uma disciplina militar de curto prazo.

¹⁰⁵ DIETER, Maurício Stegemann. Lógica Atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. *Revista EPOS*. Vol. IV. n.1 Rio de Janeiro: Jun, 2013.

¹⁰⁶ COHEN, Amy J. Moral Restorative Justice: a Political Genealogy of Activism and Neoliberalism in the United States. *Minnesota Law Review*. 104 (2), Dez-2019, p.889.

Partindo desta hipótese, elabora uma genealogia da justiça restaurativa, a qual fora influenciada primária, mas não exclusivamente, pela esquerda política. Há certamente muitas diferenças entre as proposições dos restaurativistas à esquerda ou à direita do espectro político, como (1) o controle estatal ou comunitário do processo de mediação, (2) a relação entre dano individual e estrutura social, e (3) as diferentes abordagens da mediação em crimes violentos e não-violentos. Contudo, todos eles partem de uma ética relacional que inaugura o vínculo vítima-ofensor a partir do evento (conflito). O ponto que aqui nos interessa é a resposta à pergunta: o deslocamento de uma agenda de controle punitivo e populista, como aquele caracterizado por WACQUANT dentro da órbita política neoliberal, para uma que inaugura uma ética desencarceradora é dominante agora por quê? Sem dúvida o papel do abolicionismo penal e as agendas positivas (propositivas) influenciaram os decisores políticos¹⁰⁷. Contudo, seria ingênuo acreditar que o neoliberalismo não faz parte desta mesma engrenagem.

O mesmo que outrora legitimou a expansão penal? Será melhor pensarmos em dimensões distintas de um mesmo fenômeno, senão vejamos.

Acaso interpretar os conflitos – como o faz CHRISTIE – *as property*, aqui entendido enquanto uma Expressão criminológica, não guardaria uma relação com algum Pressuposto sobre a subjetividade? Há, talvez, a presunção de um agente moral que poderia discutir ativamente o evento conflitivo a fim de realizar reparações morais e/ou materiais. É como BRAITHWAITE¹⁰⁸ interpreta o empoderamento dos cidadãos no controle do processo, ao invés de uma postura passiva em que são guiados pelos advogados e demais autoridades judiciárias. À esta postura ativa soma-se a *relacionalidade*, cujo pressuposto é a resolução descentralizada de problemas, indicando menor atuação do Estado e dos profissionais. Apesar de não ser uma privatização da justiça, é um discurso inserido precisamente no momento do assalto neoliberal ao Estado de Bem-Estar Social.

Sobre a controvérsia da privatização da justiça, CRUZ SANTOS¹⁰⁹ realiza uma pergunta similar, no sentido em que questiona as razões pelas quais a doutrina e os vários

¹⁰⁷ *Ibid.* p.892-894.

¹⁰⁸ Restorative Justice: Assessing..., *op. cit.* Ver a p.41,

¹⁰⁹ SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa – Um Modelo de Reacção ao Crime *Diferente* da Justiça Penal Porquê, Para quê e Como? [Tese de Doutoramento]. Área de Especialização: Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2013, p.608-610. A autora ainda equaciona duas visões distintas sobre o mesmo problema do excesso de regulação do Estado. Citando a Ferrajoli, insere a Justiça Restaurativa como ferramenta para cumprimento do direito penal mínimo em um Estado máximo em sua vertente social. Citando, por outro lado, a Sousa Santos, procura identificar a Justiça Restaurativa como

instrumentos de cariz supra-estadual assumiram, precisamente no final do século XX, o dever de promover uma justiça restaurativa, bem como o porquê de esta não justificar a remissão da mediação para uma esfera exclusivamente privada. Ou seja, (1) se não há privatização do conflito, é porque há ainda alguma responsabilidade do Estado; (2) a justiça restaurativa seria uma dimensão jurídica tutelada pelo Estado. Se na justiça penal prevaleceria a *dimensão liberal* – ou garantias negativas e proibições de fazer – na justiça restaurativa prevaleceria a *dimensão social* – ou garantias positivas consistentes na obrigação de prestação individual ou social, esta última em que a justiça restaurativa efetivaria o princípio da solidariedade entre os cidadãos.

Apesar de não proceder a uma privatização da justiça, as práticas restaurativas fundadas em valores morais orientados na *relação com o outro* - que tanto se opoem ao individualismo neoliberal - deve ser crítica o suficiente para enfrentar os projetos de governança desregulamentadores, de modo que a tendência a devolver a responsabilidade pela resolução de conflitos aos indivíduos, acaba unindo o que se pensa ser opostos: *homo oeconomicus* e *homo relationalis*.

A crítica ao correcionalismo e ao *welfarismo* penal é um dos pontos de convergência, já que se, por um lado, os programas de ressocialização são custosos e ineficientes, por outro lado o *quê* a ser restaurado não é a ressocialização, mas a responsabilização moral do agente. Deste modo, ao deslocar o foco para a categoria da responsabilidade do agente, uma certa carga de retributivismo parece estar ainda contida no pensamento restaurativista, apesar deste rejeitar a punição em prol da reparação. É precisamente esta argumentação de que não se deve opor totalmente justiça retributiva e justiça restaurativa que está em causa¹¹⁰.

Apesar de que inicialmente parecia ser uma *terceira via* na oposição modelo retributivo/reabilitativo, a justiça restaurativa parece ser a atual flexibilização que incorpora elementos de ambos modelos que a precederam, acrescentando outros que lhes são inerentes. A diferença é que o pensamento restaurativista reivindicou a categoria da comunidade como

um outro equilíbrio entre as subjetividades estatais e individuais, de maneira a redefinir o papel que a subjetividade do Estado tem na resposta ao crime. Apesar de redefinida, esta subjetividade não é anulada, já que o monopólio do *ius puniendi* ainda lhe pertence.

¹¹⁰ Precisamente esta é a argumentação de DALY, Kathleen. Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice in BRAITHWAITE, John; STRANG, H. *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 2000, p. 33-54.

o espaço para solução dos problemas de ordem jurídico-criminal, portanto operando para além do Estado.

Neste sentido, RODRIGUES¹¹¹ ressaltava, já há uma década e meia, a inserção da mediação – no ordenamento jurídico português –, dentro do contexto da nova penologia de orientação (1) tecnocrática e (2) atuarial, de modo a constituir uma verdadeira *engenharia da mediação*, subordinada a uma lógica instrumental de acordo. Assim, o que está pretendido enquanto a constituição da alternativa à antiga penologia é, tão só, o desenvolvimento *securitário*, como quando a mediação é vista como alternativa ao arquivamento do inquérito.

Com a Autora concordamos acerca da crítica às alternativas penais e seus pressupostos fincados em uma relativização do papel do Estado e práticas atuariais. Acrescentaríamos, ainda, uma análise atualizada que incorpora o neoliberalismo enquanto pressuposto para a emergência de novas penologias. Propostas de auto-regulação, no limite, pretendem esvaziar a esfera pública, construindo uma esfera privada de resolução, muito embora não se possa duvidar que não menos relações de poder possam aí também haver. Daí que a proposição de modelos periféricos aos Estado merecem especial problematização, inclusive enquanto pontos cegos do abolicionismo penal.

Assim, entendemos que há pelo menos duas perspectivas críticas em relação à justiça restaurativa e sua relação com o neoliberalismo e o atuarialismo, de forma que estas análises fazem compreender algumas contradições em termos de pressupostos teóricos. (1) Apesar do esforço, a justiça restaurativa ainda é um mecanismo de punição alternativa, ao contrário do que seria uma alternativa à punição; (2) a genealogia da justiça restaurativa nos demonstra que há um compartilhamento entre seus pressupostos teóricos e os da dimensão moral do neoliberalismo atual – embora esta análise dê-se estritamente tendo como parâmetro os Estados Unidos.

Ainda em relação à segunda crítica, uma específica e pouco analisada relação entre moral e neoliberalismo é pressuposta para entender a correlação com a justiça restaurativa. Uma aproximação entre as pautas da: a) análise personalizada do crime; b) privatização da justiça por meio do debate comunitário; c) vítimas são centralizadas; d) ofensores são responsabilizados; e) a comunidade é mobilizada; f) o Estado é ofuscado¹¹². Já, por outro lado, identifica-se que este tipo de análise não encontra amparo em Portugal e

¹¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal. *Revista do Ministério Público*. Ano 27. n.105. jan-mar, 2006, p.129-133.

¹¹² COHEN, *op. cit.* p.930.

Brasil, já que a introdução da Justiça Restaurativa dá-se via judiciário, seja pela mediação penal naquele, seja pelos círculos restaurativos neste, mas de modo que em ambos o papel da comunidade não é realçado como ocorre nos Estados Unidos¹¹³.

Apesar das diferenças, a crítica permanece válida para reflexão precisamente porque alerta-nos acerca da apropriação dos programas de desencarceramento pelo discurso neoliberal, em cuja agenda pela reforma do sistema penal é possível identificar não só um apelo à racionalidade econômica, como também um encorajamento à expansão das práticas restaurativas enquanto instrumento supletivo às práticas retributivas¹¹⁴. Neste sentido, trata-se de uma nova fase do radicalismo ultraliberal, o qual sustenta que o encolhimento do estado penal e social não deve ter por pressuposto apenas a disciplina econômica, mas também moral. Assim, nesta última acepção, a busca por valores restaurados por meio de um procedimento relacional estaria, desde já, incorporado ao neoliberalismo.

Um retorno ao debate moral? Parece-nos que a reação às teorias correcionalistas fez surgir, por um lado, uma expansão acerca do estado penal em contraste com o estado social, e, por outro lado, o percurso da história deixou um terreno fértil para a convergência entre as práticas que se opõem ao neorretributivismo e os discursos pela reestruturação do Estado, a qual requer uma componente econômica e outra jurídica. Neste sentido, é como se a justiça restaurativa assumisse a componente jurídica desta nova faceta do estado neoliberal, em que outrora fizera parte o sistema penal neorretributivo da década de 1980.

Diante dessa viragem um tanto complexa e certamente problemática, demonstra-se uma vez mais a importância que deve assumir a Criminologia em realizar, diante do atual panorama de possibilidades de relações (P) → (E), um exercício de sucessivas rejeições quanto ao fundamento crítico que norteia o abolicionismo penal e quanto às Expressões que se quer vincular, a partir das análises dos Pressupostos. Esta maneira de proceder leva-nos, como vimos acima, a esquematizar o pensamento e a identificar contradições não-arentes, de modo a traçar um horizonte a mais em busca da criticidade.

¹¹³ Para uma análise comparativa da JR entre Brasil e Portugal, ver OLIVEIRA, Cristina. Rupturas ou Continuidades na Administração do conflito penal? Os protagonistas e os processos de institucionalização da justiça restaurativa em Portugal e no Brasil. Tese de Doutoramento. Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Centro de Estudos Sociais CES/UC: 2020, p.168-175.

¹¹⁴ COHEN, *op. cit.* p. 931-932.

1.4 Uma Síntese Parcial – refletir sobre os pressupostos teóricos

O papel aqui estabelecido para este capítulo introdutório é guiado a partir do objetivo de analisar o pensamento criminológico a partir de seus Pressupostos teóricos (P) e suas Expressões criminológicas (E).

Em termos de pensamento abolicionista penal, pode-se identificar que os autores abolicionistas penais, em suas correntes materialistas e fenomenológicas, compartilham do pressuposto teórico da concepção moderna de poder vinculado ao Estado, por conta de sua atividade de repressão por meio do procedimento criminal. Se a repressão vem do Estado, amparado pelo direito penal, então a proposta torna-se a supressão da jurisdição penal por meio de um controle descentralizado e alternativo. Por outro lado, temos recentemente a análise de que ao neoliberalismo possa ser interessante uma certa ideia de privatização dos conflitos, de forma mesmo a diminuir a intervenção do direito penal, sem que haja uma menor intervenção do Estado, já que a percepção de neoliberalismo que temos é a de que o Estado é ativamente reconfigurado, ao invés de reduzido.

Longe de tentarmos encaixar o pensamento restaurativista com o neoliberalismo, nosso propósito é refletir sobre a tarefa crítica de se propor práticas restaurativas que tenham a consciência dos aparatos estatais neoliberais. Neste sentido, parece fazer sentido pensá-las a partir do Estado – inclusive do judiciário – ao contrário de se reivindicar a total exclusão da intervenção estatal enquanto método.

Por outro lado, a análise dos pressupostos teóricos nos demonstra que as escolas e pensamentos criminológicos tiveram, via de regra, uma racionalidade *a priori*, de pensar uma integração das ciências criminais, com mais ou menos hierarquia entre os saberes. Atualmente, entretanto, parece mais bem haver uma racionalidade *a posteriori*, até mesmo finalístico-programática, como é o caso do atuarialismo. Neste modo, a fórmula (P) → (E) parece ser redundante, já que a Expressão atuarial parece ter como pressuposto o próprio atuarialismo. E de modo que todos os saberes criminais, seja o direito penal, seja o processo penal, seja a criminologia, parecem todos estar apenas vinculados à mesma disciplina neoliberal da eficiência. Uma reestruturação destes saberes, embora submetidos à Nova Razão do mundo, que parece pouco importar-se para fundamentos, e mais em finalidades.

Será o caso, talvez, de refletir sobre uma ética crítica do próprio abolicionismo penal, pensada a partir de uma nova pressuposição fundamentante, não guiada única e

exclusivamente por propostas finalístico-programáticas? Tarefa que requer, necessariamente, a busca de outros pressupostos teóricos, que sejam críticos e radicais, apesar de concretizáveis dentro do Estado de Direito.

Quanto à pergunta que inaugura este capítulo, não haveria resposta mais fundamental a não ser a reivindicação da filosofia para *repensar/redimensionar* as bases do pensamento jurídico-criminal.

CAPÍTULO II

ABOLICIONISMO PENAL ENTRE DESCONSTRUÇÃO E JURIDICIDADE –

2.1 Ouvir a Jacques Derrida: Pensar a (meta)Ética ou Justiça como Desconstrução

2.1.1 Brevíssima introdução ao Idioma Filosófico da Desconstrução

Tal é a excepcionalidade do *idioma*¹¹⁵ derridiano na ocidentalidade filosófica. Iremos demonstrar alguns pressupostos deste idioma para prosseguir nossa análise sobre o abolicionismo, que irá culminar em uma dada relação entre direito e justiça.

O termo *desconstrução* gozou de uma extensa divulgação, sobretudo na década de 1980 e 1990, quando adentrou aos espaços acadêmicos dos Estados Unidos, inicialmente na área da teoria literária americana, depois nas *American Law Schools*¹¹⁶. Entretanto, ao passo que tornou-se um termo *fashion*, foi ocasionalmente sendo banalizado. Interessante notar que Jacques Derrida parece desconfortável com o próprio termo, negando que se trate de um sistema filosófico, de um método, de uma técnica ou até mesmo de uma filosofia¹¹⁷. Na verdade, a tradução do termo *destruktion* de Heidegger, tem um sentido muito menos violento em alemão do que parece assumir em francês a *deconstruction*¹¹⁸ (igualmente forte parece ser o sentido em português).

De qualquer forma, o percurso inicial deste Autor francês – que apresenta uma homogeneidade em seu percurso filosófico, apesar de dedicar-se mais à ética no final de sua carreira – será proceder a uma desconstrução da ocidentalidade filosófica que perdura há

¹¹⁵ Inicialmente já podemos aqui encarar um dos aspectos que o tornam excepcional: o único filósofo que tratou sistematicamente acerca da pena de morte, bem como apresenta um abolicionismo absolutamente incondicional em relação à pena de morte. Neste sentido, «*L'exception de l'idiome derridien se marque également, et du même trait, dirais-je, depuis la même littoralité infinie de cette veille, du fait de l'inconditionnalité de son abolitionnisme*». Ver em BERNARDO, Fernanda. Derrida lecteur de Heidegger: de la Destructio à la Déconstruction - de la mort et de la peine de mort. *Revista Filosófica de Coimbra*. Vol. 25, n.48, out, 2015, p.329.

¹¹⁶ BALKIN, Jack M. Deconstruction's Legal Career. *Cardozo Law Review*, v.27, n.2, 2005, p. 101-102.

¹¹⁷ «[...] desconstrução não é um conjunto técnico de procedimentos discursivos, constitui menos ainda as regras de um novo método hermenêutico [...] constitui, mais exatamente, uma tomada de posição, no trabalho, com base nas estruturas político-institucionais que foram e regulam a nossa atividade e as nossas competências [...] não se limita nem a uma reforma metodológica sustentadora da organização dada, nem inversamente a uma paródia de destruição irresponsável ou irresponsabilizante que teria como efeito mais seguro deixar tudo como está [...]». Neste sentido, ver em DERRIDA, Jacques. *La Filosofía como Institución*. Trad. A. Azurmendi. Ed. Juan Granica Barcelona, 1983, 186 p.

¹¹⁸ MOREY, Miguel. Foucault e Derrida – Pensamento Francês Contemporâneo. trad. Filipa Velosa. Atlântico Press, 2015, p. 91.

mais de 25 séculos e que possui uma determinação étnico-geográfico-política: a Grécia Antiga. Ela deve, ao contrário de ser suprimida, libertar-se destas determinações. A História do Ocidente é a história dessa tentativa de libertação da própria filosofia¹¹⁹.

Neste sentido, há duas acepções para entender os pressupostos teórico-filosóficos da desconstrução. A primeira diz respeito à questão metafísica; a segunda diz respeito a um sentido político. O primeiro ponto é uma crítica à filosofia da presença, a qual impõe pela metafísica a construção de pares opostos e uma consequente hierarquia entre eles, que demarcam o pensamento ocidental. O primeiro deles é ditado pela marca do (1) *logocentrismo*, o qual denuncia o privilégio da razão sobre a escrita, em que o significado ideal está acima e fora do significado inscrito. Assim, acredita-se que o significado ideal está próximo ao *logos* e que este está no interior da consciência. Há ainda a marca do (2) *fonocentrismo*, em que pressupõe-se a proximidade da voz (*fono*) com a verdade ou o sentido ideal por conta da presença de quem a enuncia, ao passo que a escrita representa um passo mais distante. A questão que Derrida impõe é que para poder existir o sentido ideal é necessária, então, a própria escrita, invertendo, pois, a hierarquia¹²⁰.

Assim, a desconstrução opera – e este é o nosso segundo aspecto, o político – numa reversibilidade das hierarquias – como aquela que torna a escrita secundária relativamente à voz –, a partir da reinscrição do termo inferior, como numa espécie de «desarme», a partir do qual é possível rearmar de outro modo: desconstruir, afinal. Mas isto implica, inicialmente, o desarme das hierarquia que são *decididas*, reconfigurando-as num campo de *indecidibilidade*. Deste modo, o signo inscrito não seria dependente do signo fonético. Ao fim e ao cabo, a desconstrução torna-se uma dinâmica de leitura ativa, não constituindo um método, apesar de garantir sempre um movimento de reescrita do texto analisado, realçando as linhas de conflito entre, por um lado, o significado ideal da escrita e, por outro, a escrita que tenta escapar de uma determinação externa a si¹²¹.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 83.

¹²⁰ *Ibid.* p.93.

¹²¹ *Ibid.* p.94. Podemos destacar a atividade da leitura como uma forma de exercer alteridade, posto fazer parte do jogo dos signos escrita/leitura. Interessante notar, ainda, como Derrida ao mesmo tempo em que explica o *fonocentrismo* exemplifica-o na sua própria escrita, pois tal é a presença de marcas tipográficas impronunciáveis como os parênteses, as aspas e as reticências... sentido que só há na escrita, então? Ou acaso as marcas substituem algo exterior?

Uma forma de entender a inversão das hierarquias é precisamente quando da *différance*, já que a mudança tipográfica em nada altera a pronúncia da palavra no original em francês *différence*, o que releva a necessidade de recorrer-se à escrita para identificar qual termo se quer referir. Se isto é capaz de exercer uma suspensão do antagonismo entre qual polo é ativo ou passivo, então realiza um movimento de discórdia à economia do *logos*.

2.1.2 Desconstrução e o problema do Outro

2.1.2.1 Desconstrução e Tercialidade

A partir de qual instância é possível falar do Outro? Há certamente uma dificuldade em responder a esta questão. Falar do absolutamente Outro a partir de si mesmo já não seria uma própria violência?

Ao pensar o papel da *desconstrução* como hospitalidade, Derrida situa-se numa ética para além da ética, uma *hiperética*. Tal noção é compreendida a partir da relação entre a Lei da Hospitalidade e as leis da hospitalidade, ou entre uma Hospitalidade incondicional e as leis jurídico-políticas que regem as hospitalidades. O que diferencia uma da outra? O acolhimento pela Lei é incondicional, é acolher sem mesmo perguntar pelo nome de quem chega. No segundo caso, a aproximação com o outro ocorre senão com a aproximação de si mesmo, ou seja, mediante a identificação, a partir do cálculo e da medida de todos os riscos do acolhimento, de modo que a Lei porta consigo a sua própria perversão – o direito, a política – possibilitando a própria *hos-til-pitalidade*¹²².

Deste modo, a Hospitalidade é uma forma de desconstrução, ou seja, de pensar o incondicional precisamente na relação com o Outro, o absolutamente outro. Uma forma metaética, mas também metajurídica e metapolítica. Isto porque o Outro é marcado exatamente por um pressuposto meta-onto-teológico, posto não obedecer aos ditames da filosofia política e da filosofia do direito. Há uma Lei maior que rege este pensamento, que é marcada pelo silêncio e pelo acolhimento absoluto. Um acolhimento que não requer a linguagem, não requer a fala, ignora o nome e, portanto, incondicional. Mas não há nada em

¹²² MAIA, Victor. *No Rastro da Desconstrução – uma introdução a Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: MauadX, 2020, p.75.

troca. Um acolhimento sem perguntas, ou dito de outra forma, uma hospitalidade que é dada antes mesmo do perguntar pelo sujeito¹²³.

Por outro lado, a Lei incondicional deixa-se desviar, tal qual a desconstrução deixa-se contaminar. Tal é a função do direito, enquanto garante da justiça, apesar de perverter a Lei através das leis: surge, assim a tercialidade. Assim, a imediatez do acolhimento incondicional é negado por intermédio do estatuto do terceiro, o qual impõe o cálculo e os condicionamentos da própria comunidade. Porém, se acaso o terceiro enquanto espaço da justiça é pensado pela proporcionalidade e igual distribuição, para Derrida está justamente na dissimetria e na responsabilidade infinita, de pensar a justiça como o impossível, tal como perdoar o imperdoável¹²⁴. Assim, fazer justiça requer a convocação do incalculável.

O que levaria ao questionamento se acaso o direito é prescindível, já que a dimensão jurídico-política representa necessariamente a categoria da proporcionalidade e retribuição – dos condicionamentos. Se isto for possível, se for provável e for até aceitável, então poderíamos constituir a relação intersubjetiva diretamente, sem mediação. Aparentemente, portanto, a desconstrução parece supor um sentido iconoclasta em relação ao direito. Não será este o caso, embora haja uma exigibilidade de diferenciação entre estas duas esferas.

2.1.2.2 Desconstrução e Emancipação

Uma reserva quanto aos pressupostos teóricos hegemônicos da modernidade era mantida pelo professor da *École Normale Supérieure*. A submissão do discurso ao ideal de uma autoridade científica era combatida, de modo que a operação de rompimento com a suposição de que a ciência representava a superação da metafísica ocidental¹²⁵ era um pressuposto, já de si, pós-moderno. Era, sem dúvida, as influências de Heidegger sobre o Autor. Parece mais bem que o cientificismo do século XIX havia expandido-se para o

¹²³ DERRIDA, Jacques. *Da Hospitalidade*. 2019, p.32-39.

¹²⁴ Se temos em Aristóteles a justiça como justa retribuição, temos em Derrida que a justiça é precisamente negar ao cálculo da retribuição proporcional. Ver em MICHEL, Johann. *Ricoeur e os Pós-Estruturalistas – Bourdieu, Derrida, Deleuze, Foucault, Castoriadis*. Trad. Gonçalo Marcelo e Hugo Barros. Lema d'Origem: 2015, p.87-90.

¹²⁵ DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. *Estudos Etico-Políticos sobre Derrida*. 1. ed. Rio de Janeiro: MauadX, Editora PUC-Rio, 2020, p.92-93.

período contemporâneo, de modo que o desenvolvimento do pensamento crítico passou a exigir uma certa suspensão da autoridade científica. Um pensamento crítico deve ultrapassar a barreira daquilo que é estabelecido, pois a axiomática não é científica, provém do próprio pensamento que organiza relações causais, condições de possibilidade, que em termos derridianos significa o entrave constituído pela esfera do cálculo.

2.1.3 Desconstrução, Direito e Justiça

Uma ambiguidade corre por esta subsecção. Por hipótese tratar-se-ia (1) *da justiça como passagem ou transcendentalidade* – o deslocamento efetuado de uma passagem desde o percurso inicial do direito em direção à justiça –, ou mais bem (2) *da justiça como direito* – da própria exigibilidade jurídico-vinculante que reivindica para si a justiça - o direito próprio a ter justiça.

2.1.3.1 Do Direito à Justiça...Da justiça ao Direito

Derrida questiona-se sobre o «fundamento místico da autoridade»¹²⁶ retomando a Pascal e a Montaigne para pensar a relação entre a justiça e o direito, a partir da consideração da terminologia em inglês *enforcement*. As considerações envolvidas dizem respeito se acaso aquilo que é forte deve ser necessariamente, por força, seguido e se aquilo que é justo deve ser, por uma questão de justiça, ser igualmente seguido. Assim, não questiona sobre a aplicação da lei/direito, mas sobre a origem da sua força, ou seja, da sua *enforceability*.

Por um lado, a perspectiva pascaliana intenciona uma convergência entre o destino do justo e do legal, já que justiça sem força é impotente, logo contradita – por não conseguir a autorrealização –, da mesma forma que a força sem justiça é tirânica, de tal forma que há uma necessidade em colocar-se conjuntamente a força e justiça. No fim, a coincidência entre o forte e o justo é buscado. Por outro lado, a consideração derridiana sobre

¹²⁶ O Autor começa por elogiar ao idioma inglês pelo termo *enforceability*, posto que leva-nos à literalidade de que não há direito sem *force*/força, ou seja, o direito pode até não ser aplicado, mas deve sempre ter aplicabilidade, logo é sempre *enforced*. Por outro lado, a pobre tradução para o francês não guarda o mesmo radical de «força», de modo que «*enforce de law*» torna-se uma versão, no sentido literal, branda de «*aplicar a lei*» DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – O fundamento místico da autoridade*. Trad. Fernanda Bernardo. Campo das Letras: 2003, p.12-21.

Montaigne é no sentido de que as leis são credíveis não por serem justas, mas por serem simplesmente leis, posto que a obediência às leis decorre de sua autoridade. Deste modo, as leis possuem o crédito que se lhes dá, como uma espécie de fé, cujo fundamento não é ontológico nem racional. O direito constitui essa ficção legítima de fundar a verdade da sua própria justiça¹²⁷.

Neste sentido, DERRIDA distingue o momento da instituição do direito, da conservação e da sua destruição. No momento em que a lei é instituída, ela não é nem legal nem ilegal, da mesma forma que quando o direito é instituído ele não tem a carga de juridicidade por si só, de modo que o momento de seu surgimento implica uma força performativa. A novidade do pensamento derridiano é a de pensar qual a relação que o direito tem com a força no momento de sua instituição. Não trata-se daquela relação exterior, em que o direito é subordinado e dócil ao poder dominante – seja político, ideológico ou econômico. Trata-se da relação interna que é um tanto mais complexa. Prossegue o Autor afirmando que o momento de instituição do direito não é nem legal nem ilegal, nem justo ou injusto, posto que nenhum direito prévio e anteriormente fundador poderia garanti-lo ou invalidá-lo. Apenas a violência e o golpe instituidor imanente ao próprio direito pode garanti-lo, fazendo surgir o direito a partir de um *fundamento místico*¹²⁸.

GLENDINNING retomando a discussão derridiana, analisa a partir de uma consideração jurídica quando a lei vem antes de tornar-se força, que apesar de parecer trivial elucida o que está em causa. Prossegue este Autor considerando o surgimento da obrigação legal de usar cinto de segurança no Reino Unido, a partir da lei cuja vigência data do último dia do mês de janeiro de 1983. Digamos, então, que muitos anos atrás não havia nem a obrigação legal de usar cinto, de modo, inclusive, que muitos automóveis sequer possuíam tal acessório. Por outro lado, já no penúltimo dia daquele mês no mesmo ano, já havia a necessidade corrente daquela obrigação legal, de modo que a lei já estava, digamos, pronta. O que faltava, entretanto, para que ela tivesse *força de lei* era exatamente uma lei anterior, um ato jurídico formal, que transportasse a força de uma lei para outra. No caso do Reino Unido, faltava-lhe que a rainha assinasse a «*Bill*» e a constituísse em «*Statute*»¹²⁹. Então ao

¹²⁷ DERRIDA, *op. cit.* p.22.

¹²⁸ O problema de DERRIDA com o fundamento externo ao direito é que o seu problema quanto à origem da força persistiria: se há uma força que vem de fora e institui o direito, de onde deriva então essa mesma força? É por isso que o Autor propõe uma análise da origem da força intrínseca ao direito, evitando uma regressão eterna. Neste sentido, ver *Ibid.* p.24.

¹²⁹ GLENDINNING, Simon. Derrida and the Philosophy of Law and Justice. *Law Critique*. v.27, 2016, p.193

perguntar sobre a origem da força do direito, devemos sempre perguntar por alguma força jurídica anterior, mas o que leva à constatação de que a força não vem simplesmente de maneira externa ao direito.

Eis a motivo pelo direito *ser desconstruível*: porque seu fundamento último é um não-fundado. Isto não incorre numa infelicidade, ainda segundo o Autor, já que disto resulta a possibilidade de sua transformação e a chance política para todo progresso da história. Mas o que faz este *ser desconstruível* realmente tornar-se *desconstruído*, é motivo ainda mais polêmico – e surpreendente: a justiça.

A relação entre direito e justiça é que ganha expansão na análise a seguir. Há uma necessária distinção entre direito e moral – o que de forma alguma aproxima o pensamento derridiano do postulado do positivismo jurídico sobre a fonte do direito – que guarda relação nas aporias.

Com TAYLOR pode-se dizer que o direito «*desire*» a transgressão:

Law, I have suggested, desires transgression – or laws desire transgressions. [...] what is 'inside' will always be a function of whatever 'outside' has already been assumed. If what is "inside" is a function of what is "outside," then the "outside" is, in some sense, "inside" and the "inside" is, in some sense, "outside." When not interpreted dialectically, this inversion of interiority and exteriority illuminates the interplay between law and transgression. Transgression, which appears to be "outside" the law, is actually "inside" as an "outside" that cannot be properly inwardized. If law is force, then force is law¹³⁰.

Assim, apesar de serem duas esferas não convergentes, não coincidentes, há uma certa relação entre o direito e a justiça.

Com TIMM DE SOUZA, em sua releitura de *force de loi*, tem-se a justiça enquanto experiência da aporia, ou seja, a justiça entre a desconstrutibilidade do direito e a indeseconstrutibilidade da justiça, de modo que a justiça enquanto justiça difere da execução da regra. Assim, a justiça é sempre única e incomparável, sendo, portanto, *incalculable*. Lembra, ainda, a aproximação derridiana com o sentido de justiça em Levinas, posto que a justiça não é um enunciado, um julgamento ou uma sentença. Em última palavra, justiça é

¹³⁰ TAYLOR, Mark. Desire of law – law of desire. *Cardozo Law Review*. v. 11, n.5-6, 1990, p.1271. Com esta citação queremos fazer nossa primeira relação entre a relação de exterioridade e de interioridade, de modo que este Autor demonstra que há um sentido de necessidade de transgressão desta separação: a transgressão que parece estar externa ao direito, é ela mesma a possibilidade de um outro direito por vir.

o tempo, tempo que é escândalo do conceito, o tempo messiânico, o tempo do Outro, cuja chegada não se pode antecipar, mas apenas esperar¹³¹.

Deste modo, se justiça e direito não se confundem, porém são indissociáveis, onde estaria o critério de definição? Reponde, ainda DERRIDA, que Direito é precisamente o elemento do cálculo, ao passo que a justiça é da ordem do incalculável. Com GLENDINNING, novamente, podemos antever a especial dicotomia que existe entre a estrutura jurídica da generalidade, com os *standards* de cálculo jurídico, em contraposição à ordem do singular «*each case is other*»¹³², que é problema principal da justiça. Não que a justiça representa o singular, que a justiça seja a concretização do individual, mas, novamente com DERRIDA, a justiça obriga ao impossível: calcular o incalculável; endereçar-se à singularidade do outro, apesar ou mesmo em razão da sua pretensão à universalidade, e apesar de fazê-la em idiomas singulares *Díke, Jus, Justitia, Justice, Gerechtigkeit*¹³³...

Assim sendo, enfrentar o impossível é exigência da justiça. O que significa, igualmente, pelo Idioma da desconstrução, enfrentar as aporias¹³⁴: (1) *epokhé* da regra; (2) *hantise* do indecidível e (3) urgência que barra o saber. Ora, somente é possível julgar com responsabilidade, de modo que esta é aferível por meio da adequação entre o raciocínio jurídico e o critério utilizado que o antecede, qual seja, a regra, norma ou lei [a dimensão da tercialidade e comparabilidade]. Porém, se a justiça constrange ao julgador a calcular o incalculável – este último expresso pelo caso singular –, significa, logo, que uma suspensão da regra deve ser realizada. Somente com a suspensão – *epokhé* – é possível enxergar a singularidade do presente, caso contrário, uma forma de violência seria cometida pela exclusiva consideração da dimensão da generalidade [direito como *applicatio*]. Por outro lado, ao realizar esta operação – que não corresponde a uma metodologia jurídica – uma fantasmagoria assombra ao julgador ao identificar o indecidível – não por uma antinomia jurídica, mas por submeter-se a um caso incalculável –, de modo que mais parece a situação de atemorizar àquele que mobiliza unicamente a técnica, como seria, pensamos nós, igualmente o pavor de um caso infinito¹³⁵, em que fosse possível a cada minuto, a cada

¹³¹ TIMM DE SOUZA, Ricardo. Ética e Desconstrução – Justiça e Linguagem desde «*force de loi*». *Veritas*. v.47, n.2. Porto Alegre: 2002, precisamente as páginas 165; 171-172 e 177.

¹³² GLENDINNING, *op. cit.*, p.198.

¹³³ Força de Lei, *op. cit.* p.28-33

¹³⁴ Sobre as três aporias, ver força de lei, *op. cit.* p. 37-43. s

¹³⁵ Ao tratar da justiça infinita, DERRIDA parece ter dado ênfase, nas suas aporias, à hipótese da indecidibilidade por suspensão do critério jurídico; pensamos, por outro lado, igualmente hipotético o caso de infinitos critérios, de modo a tornar-se indecidível.

segundo, a mobilização de um critério novo, de modo também a causar a indecidibilidade. Apesar do terror e do medo que a emergência da singularidade do outro causa, a justiça urge em concretizar-se, pelo qual não espera o saber último ou o critério último que findará a dicotomia, posto que a urgência é também exigibilidade da justiça.

Ainda sobre a última das aporias, a justiça não espera o saber sem limites das condições ou dos imperativos hipotéticos que a poderiam justificar. E mesmo se dispusesse de todo o tempo e de todo o saber, a decisão ainda seria finita, posto que de um dado momento. E, ainda, permanece como um momento de loucura, posto que há sempre uma relação ativo/passivo, posto que decidir é tomar para si uma posição, ao passo que esta vem a partir do outro, numa situação de passividade como no limite do outro decidir por mim¹³⁶.

•

De modo que seria, então, possível admitir a justiça como passagem ou transcendência? Tratar-se-ia de uma passagem da ordem do cálculo para a da alteridade absoluta... e disto resultaria a concretização da justiça? Ou apenas o seu começo? Esta reflexão parece-nos fundamental para formulação de novos Pressupostos (P).

Duas teses de doutoramento mostram-se oportunas de serem aqui convocadas. Uma, no campo estritamente filosófico-derridiano, analisa a possibilidade da passagem mesmo da tolerância à hospitalidade; a outra, a partir da perspectiva da juridicidade, analisa a categoria da tolerância no intervalo entre juridicidade e ajuridicidade. A citação de ambas as teses torna-se produtivo para reflexão, posto que apresentam, de certa forma, pensamentos opostos.

Para LIMA PEREIRA há a permanência de um «vazio jurídico» a partir da inabalável fenda entre direito e justiça, de modo que pensar em um ideal regulador é uma armadilha comum, inclusive mas não só, aos juristas. Isto porque o acolhimento pensado pela tolerância é como acolher não ao absolutamente outro, mas ao cidadão, ou seja, a partir de um cálculo prévio. Este tipo de construção estrutura-se no modelo contratual de

¹³⁶ *Ibid.*p.44.

sociedade. A proposta do autor, a partir de sua leitura derridiana, é pensar uma reflexão meta-contratológica do sujeito, «a justiça sem perjúrio»¹³⁷.

Por outro lado, GAUDÊNCIO pensa na possibilidade de uma construção normativamente substancial da categoria tolerância. Ao explicar que em DERRIDA temos a tolerância como oposto da hospitalidade «e esta como alternativa àquela»¹³⁸, a Autora pensa a tolerância como efetiva *virtude* de conteúdo *variável* e de base *ética*, embora projetável no domínio jurídico. Assim, esta categoria não é uma contingência própria da política, nem assume-se enquanto um princípio jurídico com absoluta autonomia face à ética, mas enquanto um intervalo na juridicidade, de modo a constituir-se como uma categoria *normativamente dependente*, embora *normativamente material*¹³⁹.

Estariam dadas, assim, as possibilidades de justiça-desconstrução como passagem que transcende à própria juridicidade, a partir da rejeição da tolerância em nome da hospitalidade. Por outro lado, uma outra via foi dada, a qual interpreta a tolerância de maneira jurídico-material [axiológico-normativo]. Um dado desta segunda acepção parece ser relevante pela possibilidade de se pensar categorias que são extrajurídicas mas que apresentam alguma *relevância jurídica*, como é o caso do reconhecimento da diferença, a ponto de sua convocação enquanto critério jurídico.

Por outro lado, interessante destacar, ainda, o sentido de justiça não como passagem mas ela mesma como direito. Direito a ter a justiça. Não se trata da rejeição da juridicidade, mas de uma certa comunicabilidade, pensamos, entre justiça e direito.

Relação esta, que desde já com CASTANHEIRA NEVES, tem a compreensão do homem-pessoa como pressuposto decisivo e valor fundamento último da inteligibilidade humana. A pessoa, enquanto homem real, é a unidade dialética entre o *eu social* e o *eu pessoal*, ou seja, da unidade dialética da objetividade e subjetividade humanas. A dimensão pessoal exige o respeito *incondicional* da sua dignidade, de modo que a realidade político-econômica que não ultrapassar este limite será, também, uma *ordem de direito*. Por outro

¹³⁷ LIMA PEREIRA, Gustavo Oliveira. Da Tolerância à Hospitalidade na Democracia Por Vir. Um Ensaio A Partir Do Pensamento De Jacques Derrida. [Tese de Doutorado]. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012, p.184.

¹³⁸ Qual a diferença entre ambas categorias? Ora, a tolerância, para DERRIDA, é sempre unilateral e condicional, ao passo que a Hospitalidade é a supressão da tolerância e abertura à alteridade. p.276-277. Ver em GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. O Intervalo da Tolerância nas fronteiras da Juridicidade - Fundamentos e Condições de Possibilidade da Projecção Jurídica de uma (re)construção Normativamente Substancial da exigência de Tolerância. [Tese de Doutoramento]. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012, 678p.

¹³⁹ *Ibid.* p.618-619.

lado, uma realidade ao não autolimitar-se, será somente uma ordem política, que prescindir do direito. Logo, a dimensão jurídica é aquela já de si vinculada ao sentido da pessoa humana¹⁴⁰.

Nosso trabalho aqui não será em exceder o uso da *desconstrução*, pois que certamente deve ser dito que usos abusivos foram feitos pelos discípulos norte-americanos¹⁴¹. Nosso trabalho aqui dá-se de outra forma: ao invés de proceder à desconstrução – enquanto jogo de diferenças – do texto jurídico-criminal ou constitucional, iremos dar novamente um passo atrás, para quem sabe, dar um salto à frente... pensar as bases da própria *justiça criminal*, ainda que o nosso principal propósito nos próximos capítulos não seja o de propor uma programação política do direito – muitos embora teceremos uma possibilidade para tal.

Antes, contudo, devemos ouvir o que o próprio direito *enquanto direito* tem a nos dizer. Isto porque antes mesmo de se pensar em uma alternativa ao direito, precisamos entender o que é a própria juridicidade, de modo que a constituição de bases críticas de uma justiça criminal *por vir* requer, de antemão, a necessária consideração da dimensão jurídica desta mesma justiça.

¹⁴⁰ NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 51, 1975, p.258-263.

¹⁴¹ MICHEL, *op. cit.*, ver precisamente a página 71.

2.2 Ouvir a António Castanheira Neves: [pela não supressão] do Direito *enquanto Direito*

Um dos problemas possíveis de se pensar o abolicionismo penal a partir da própria juridicidade, pensamos nós, diz respeito à incompatibilidade suposta por se tratarem de racionalidades antagônicas.

Afinal, o abolicionismo penal é um pensamento de fundamento ou de finalidade? Mesmo o direito faz-se esta própria pergunta. Com AROSO LINHARES podemos distinguir a compreensão do direito enquanto mero regulador social ou como *forma de vida*. No primeiro caso ter-se-ia a hipertrofia da «zweckrationalität»¹⁴², de modo em que a racionalidade dá-se pela instrumentalidade da razão direcionada aos fins. Por outro lado, o direito constitui-se não como direcionado aos fins programáticos, seja em razão do mercado ou da política, mas enquanto forma de vida.

Pensamos, assim, ser possível a viabilidade de refletir o abolicionismo penal enquanto um pensamento crítico de exigibilidade por justiça, direcionado aos fundamentos antes, ao contrário da projeção finalística em uma dada política criminal. Se seguirmos estes passos, superamos a suposta antagônia.

Deste modo, podemos pensar o que é o próprio direito enquanto tal. Antes mesmo de pensar que funções assume na sociedade. É a juridicidade uma própria barreira ao abolicionismo total [abolição da jurisdição penal; abolição do direito penal], pensamos nós. Abolição total que tanto parece guardar sentido com a proposta do *idioma* da desconstrução, quando esta reivindica a supressão de barreiras, a supressão da violência dos critérios.

Mas qual a condição da *emergência* do direito *enquanto direito*? CASTANHEIRA NEVES¹⁴³ responde a partir de três coordenadas (1) condições mundanais; (2) condições antropológico-existenciais; (3) condições éticas. A questão da emergência genética do

¹⁴² Por outro lado, há alternativas que o autor considera «débeis», como a própria filosofia derridiana da ética da hospitalidade ou a tolerância procedimental de Habermas – embora reconhecendo seus contributos. Neste sentido, ver em LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, Violência e Tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Ano XV, n. 26/27. 2014, p.39-48.

¹⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito *in* Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço. Coimbra: Almedina, 2002. p.839 e ss.

direito não é, contudo, universal, mas apenas uma resposta-possível. O caráter de universalidade da qual não se pode negar é, contudo, ao problema que o direito tenta responder. É o problema da inevitável *partilha do mundo*¹⁴⁴, da instauração da intersubjetividade, na qual o usufruto do mundo somente dá-se pela mediação com o outro, em cuja coexistência exprime a condição social do mundo. É o que faz distingui-lo da ética, já que nesta há a relação imediata sujeito-sujeito, ao passo que no direito a relação é necessariamente mediada.

Por outro lado, da segunda coordenada extrai-se a questão da abertura ao mundo pelo homem, a partir do qual pode realizar-se, dada a sua condição de indeterminação, que o diferencia da natureza – a possibilidade de *poder-ser* –, de modo que o homem não é senão «sob-em-com uma ordem»¹⁴⁵, posto que pela ordem o homem torna-se efetivamente. Assim, se o homem é *poder-ser*, na sua radical «indeterminação ontológica», por outro lado ele tem de ser. Isto porque o «o homem não existe só», ele não é só, mas antes um «ser-com-os-outros»¹⁴⁶. Ele é *condenado* a exercer sua liberdade.

Apesar disto, diferentes ordens são possíveis para relacionar o sujeito-sujeito, de modo que a política é uma delas. O direito, entretanto, apenas *emerge* quando da consideração da dimensão ética, em que o sujeito – submetido a ordem jurídica –, não é apenas sujeito, mas pessoa – *sujeito ético*. Isto porque a categoria «pessoa» não é uma categoria ontológica, mas ética. Assim, há um deslocamento do plano ontológico para o plano axiológico. No sentido em que a axiologia fundamentante da dimensão do direito *enquanto direito* exige a liberdade como condição *sine qua non* para a personalidade do humano, sem a qual não poderá haver a possibilidade do direito como ordem de validade.

Assim, as respostas são contingentes (os muitos sentidos do direito), porém a problemática em si é da ordem do universal. Não se deduz o direito da experiência ou da racionalidade humana... é o direito apenas uma resposta possível para um problema necessário. E, ainda, em uma especial situação que cabe ao tempo presente pensar o

¹⁴⁴ *Ibid.* p.841. «o mundo é *um* e os homens nele são *muitos*».

¹⁴⁵ SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. Fundamentos da Teoria Do Direito: A. Castanheira Neves E O Direito Como Plataforma Civilizacional. . In: Congresso Nacional Do Conpedi, XV, 2006, Manaus. Anais, Florianópolis: José Arthur Boiteaux, 2006, p. [?]

¹⁴⁶ Coordenadas de uma..., *op. cit.*, p.844.

fundamento distintivo do *homem-pessoa* capaz de superar a *societas* moderna em direção a um discurso de *communitas*¹⁴⁷.

2.3 O Saber Jurídico-Criminológico entre o Projeto da Modernidade e a Crítica Pós-Moderna [Pp]

2.3.1 Mapeando o terreno entre Paradigmas

Pensar qualquer proposta essencialmente criminológica, no século XXI, requer a exigibilidade do enfrentamento da questão *posição interna* ou *externa ao direito* – podemos exemplificá-la como a questão de se pensar do lado de *dentro* ou de *fora* do tribunal. Isto porque a Criminologia não coincide com o Direito Penal, mas há certamente um cruzamento entre estes saberes. Neste sentido, é imprescindível refletir a perspectiva jurídica da criminologia com a crítica pós-moderna ao pensamento próprio pensamento moderno.

Se por acaso há, ao menos, a identificação de 8 critérios com os quais pode-se diferenciar um pensamento moderno do pós-moderno, um ponto realça-se de antemão, qual seja, o de indagar o por quê da oposição à celebração dos ganhos materiais do capitalismo, da sociedade industrializada, das novas formas de pensamento racional, do devido processo legal e da conquista de direitos abstratos e universais, aplicáveis a todos os indivíduos, por fim, ao Iluminismo. Se, por um lado, o debate já ganha muito destaque em outras áreas, na Criminologia a confrontação e os possíveis diálogos ainda são incipientes. Neste sentido, MILOVANOVIC¹⁴⁸ é quem deu sistematização à discussão no campo criminológico.

Influenciados pela Escola de Frankfurt, o pensamento pós-moderno surge na França no começo da década de 1970, de certa forma desiludidos com o trabalho dos pensadores alemães daquela Escola. Assim, Deleuze, Guattari, Derrida, Lyotard, Baudrillard, Foucault, Kristeva¹⁴⁹, dentre outros, foram figuras centrais no que hoje se denomina, por mera convenção, pós-estruturalismo. Apesar de serem autores tão diversos

¹⁴⁷ SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos; DA SILVA, António Sá. Direito e Pessoa: o Fundamento do Direito em A. Castanheira Neves. *Revista Paradigma*. Ano XX, v.24, n.2. Ribeirão Preto., 2015, p. 20-21.

¹⁴⁸ MILOVANOVIC, Dragan. *Postmodern Criminology. Current Issues in Criminal Justice*. Garland Publishing, Inc. New York: 1997, p.3.

¹⁴⁹ *Ibid.* p.4

em seus pressupostos, ao menos em um ponto convergiam: o abandono de um ponto referencial privilegiado, a partir do qual era possível explicar todos os fenômenos políticos, sociais e econômicos.

Se iniciarmos nosso percurso com LYOTARD, nosso propósito ficará ainda mais evidente, pois uma reflexão adentra a Criminologia atualmente: ela serve em função do Direito Penal ou, antes, para gerar uma instabilidade nos discursos jurídico-criminais em geral? Entendemos que uma parte da segunda posição advém precisamente do pensamento pós-moderno, ao passo que a primeira posição advém do positivismo científico¹⁵⁰.

Assim sendo, do critério da (1) estrutura social, tem-se que o pensamento moderno focaliza-se a partir de uma teoria totalizante – uma teoria englobante da estrutura e ordem social –, ao passo que o pós-moderno nega a possibilidade mesma de delimitação e fechamento da ordem, cuja estabilidade é ilusória, reivindicando o fluxo e dissipação das estruturas, assumindo uma forma de permanente fragmentação ou *desconstrução*. É por isso que há uma rejeição ao método dialético e do pensamento hegeliano, em contraposição ao resgate do pensamento nietzscheano e lacaniano¹⁵¹.

Mas esta diferença decorre exatamente do critério do (2) conhecimento, já que o pensamento moderno reivindica uma Verdade totalizante centrada em um decifrável *logos*¹⁵², guiada por um método racional-formal hábil a superar o conhecimento narrativo, baseado em uma comunicação simbólica, como os mitos e as lendas. Neste sentido, o conhecimento científico operou de forma inclinada ao fechamento em si mesmo. Por outro lado, o pensamento pós-moderno analisa o conhecimento enquanto contingência e fragmento, de modo a não haver uma verdade globalizante, dando ênfase ao conhecimento local. Isto porque o conhecimento totalizante sempre viola ao absolutamente outro, de maneira que qualquer conceito deixa escorrer algo que permanece inevitavelmente ausente. Este elemento externo é um exercício de alteridade – contra a dialética totalizante –, de modo a abrir espaços dentro do texto, permitindo uma leitura *desconstrucionista*.

¹⁵⁰ O positivismo aqui entendido como pressupondo o determinismo, o qual corresponde à hipótese da legitimação pela performatividade, em que há uma relação *input/output* dentro do sistema. Os «*inputs*» devem obedecer a uma certa trajetória para inserirem-se no sistema, jurídico ou econômico, o qual é capaz de antecipar o resultado *output*. Ver em LYOTARD, Jean-François. *La Condition Postmoderne – Rapport sur le Savoir*. Collection Critique : 1979, p.88

¹⁵¹ MILOVANOVIC, *op. cit.*, p.7.

¹⁵² *Ibid.* p.15. Este autor enumera, ainda, outras 6 dicotomias, critérios ou *continuum* entre ambos pensamentos: (4) causalidade, (5) mudança social, (6) espaço/tempo; (7) papéis sociais e (8) discurso. Para nossa investigação, entretanto, apenas a relação entre sujeito, conhecimento e estrutura social é o que nos mais interessa.

Por fim, temos a especial consideração acerca da (3) subjetividade humana, em que o pensamento moderno «descobriu»¹⁵³ no Iluminismo o indivíduo, como um conceito cartesiano de sujeito, o qual foi incorporado na esfera jurídica a partir da ponderação de um sujeito racional como ponto de partida. De outro modo, ao pensamento pós-moderno coube fazer a oposição por intermédio de um sujeito «decentralizado», de modo contrário à determinação recíproca de um padrão imaginário sobre o outro.

2.3.2 Punição, Sujeito e Democracia: a quem punir?

O que une as filosofias da pena não são os motivos por quais legitimam a punição, nem muito menos os modos diferentes de fazê-la. Trata-se de mais um pressuposto teórico – e por isso damos tanta importância a esta análise –, qual seja o de partir de uma concepção para aplicá-la a um fato-punível. Para não incorrer no risco de atribuir uma injustiça a partir de um tratamento diferenciado a quem cabe receber a pena, o pensamento moderno parte de uma concepção de homem, um homem um tanto solitário na abstração do conhecimento. Por outro lado, se pensarmos que a justiça não deve partir de uma suposição, mas antes construí-la, no caso concreto...um homem encontrado pela justiça teríamos, então.

Mas esta designação de justiça *reconstrutiva* surge não só para os pequenos delitos – para as «incivilidades» –, para as quais o sentido clássico da pena como retribuição parece ser desconexo com a realidade, como também para casos de violência extrema em que não é possível aferir uma única vítima, uma única conduta, um único agente infrator, pois tal foi a aproximação proposta na Comissão de Verdade e Reconciliação por Desmond Tutu, ressaltando a importância do elemento *perdão* como parte indispensável para a consolidação da justiça¹⁵⁴. Deste modo, ao invés de pensar o caso de uma ampla anistia ou a utilização de uma retribuição enquanto parâmetro de justiça, o papel de uma reconstrução relacional pode ser um contributo em termos justiça criminal: justiça para além da retribuição¹⁵⁵.

¹⁵³ *Ibid.* p.9.

¹⁵⁴ TUTU, Desmond Mpilo. *No Future Without Forgiveness*. Doubleday: New York, 1999, p.195-196.

¹⁵⁵ *Ibid.* p.209. Temos dois propósitos com a citação de DESMOND TUTU como contributo para o estudo em questão: (1) Destacar a construção e a possibilidade prática de uma justiça cujo parâmetro de justiça possui pressupostos para além da retribuição e da pena privativa de liberdade; (2) Evidenciar que mesmo os casos extremos e complexos suportam um sentido de justiça não-retributiva. Isto leva-nos ao pressuposto *derridiano* de justiça como antagonista ao cálculo e à proporção.

Neste sentido é que GARAPON¹⁵⁶ afirma que em poucos decênios a caracterização do direito penal¹⁵⁷ passou de «adâmico» para «abélico», posto que outrora constituído por proibições que não tinham de ser justificadas, ao ponto de ser identificado, posteriormente, como o mal causado a outrem. De um ponto de vista demasiado moralizante ou religioso, constituiu-se o direito penal a partir do sofrimento do sujeito, de modo a evidenciar um deslocamento do centro de gravidade da justiça: da ordem pública à vítima.

Ainda para GARAPON, a data de 11 de Julho de 1975 marcaria, na França, o momento de início de um processo de diminuição de um ciclo histórico, constituído há alguns séculos, precisamente o de por em causa o monopólio estatal sobre a pena. Duas leis seriam promulgadas e que iriam dar início à marcha do atual momento de repensar a jurisdição. Uma delas tratava da possibilidade de divórcio por consentimento mútuo, prescindindo do dever de provar falta do cônjuge; a outra tratava da possibilidade do juízo penal verificar a culpabilidade do agente infrator sem pronunciar a pena, quando o prejuízo tivesse sido reparado. Neste sentido, para este Autor, isto corresponde ao processo de enfraquecimento do pensamento moderno do monopólio sobre a pena, que na história da humanidade mais representa a exceção do que a regra.

Por outro lado, tem-se com CAEIRO¹⁵⁸ que a jurisdição penal não é exclusiva do Estado Soberano, de modo que jurisdição e soberania não são conceitos coincidentes neste sentido. Apesar disso, e independentemente do pretense declínio da importância jurídico-política do Estado, nos últimos cinquenta anos ou mais – em favor da comunidade internacional – é no Estado que encontramos o principal titular desta jurisdição. Daí que surgir naturalmente a correlação entre jurisdição penal como atributo da soberania, cuja consumação se fixa desde a Paz de Vestefália.

¹⁵⁶ Neste sentido, a desconsideração pela vítima é levada em causa na origem da prisão, já que o detento é desprovido não somente de sua liberdade, mas do acesso a vários recursos que poderiam ser utilizados para a reparação ao prejuízo causado àquela. Ver em GARAPON, Antoine *et al.* Punir em Democracia – e a justiça será. Trad. Jorge Pinheiro. Instituto Piaget, 2002, p.253-254.

¹⁵⁷ *Ibid.* Prossegue o autor «a ruptura revolucionária alterou talvez a filosofia da pena mas não contestou ao Estado – muito pelo contrário – o monopólio do direito de punir, tal como não pôs em causa a ideia da pena como sofrimento acrescentado. Pelo contrário, os revolucionários propuseram-lhe uma nova justificação. Ora, estes dois postulados fundamentais do direito penal são hoje postos em causa pelo novo paradigma reconstrutivo; por um lado, a vítima pode entrar num frente a frente com o autor sem que o Estado necessariamente intervenha de repente e, por outro, a questão deste confronto não consiste necessariamente numa pena», p.262.

¹⁵⁸ CAEIRO, Pedro. Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – o caso português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.47-54.

Deste modo, é possível distinguir a jurisdição penal de entidades não-estatais¹⁵⁹ da jurisdição penal *estatal*. Neste sentido, importa ressaltar que, de fato, a «desestalização» de certas funções públicas e a crise de soberania faz questionar o papel da jurisdição central do Estado. Entretanto, prossegue o Autor, o fundamento da jurisdição penal não passa pela soberania nem pela sua eventual decadência¹⁶⁰. O fundamento da jurisdição penal há de ser pensada pela categoria da *Responsabilidade*. A distinção entre aquela jurisdição penal não-estatal e a *de estado*, propriamente dita, é quanto ao alcance da responsabilidade. A responsabilidade das primeiras são – via de regra –, limitadas à própria comunidade em que estão inseridas; a do Estado é, entretanto, geral¹⁶¹.

Deste modo, que contrapeso poderíamos realizar? Pensar o abolicionismo penal em diálogo com a Jurisdição penal pode parecer, novamente em um primeiro momento, duas forças opostas, em que uma reivindica a menor atuação da soberania estatal sobre a administração dos conflitos, ao passo que a opoente reivindica a centralização desta gerência. Contudo, se atermo-nos à análise *moderna* da jurisdição como atributo da soberania, estaríamos deixando de vislumbrar uma correlação possível. Se, por outro lado, Jurisdição é Responsabilidade, então incorre em dizer que há transformações vigentes na própria categoria da Responsabilidade. O abolicionismo penal – pensado a partir das Expressões (E) e de sua agenda positiva –, reivindicaria formas *alternativas* de responsabilidades. Contudo, se pensarmos que as transformações podem ocorrer a partir do próprio pensamento abolicionista, não estaríamos, assim, reivindicando nem a supressão da jurisdição penal estatal, nem propondo justiças paralelas, mas, por outro lado, questionando sobre as formas possíveis de responsabilidade *pela* jurisdição penal estatal – quais seriam as melhores formas de responsabilizar e garantir a manutenção *geral* da ordem jurídica. É por isso que o abolicionismo penal, *enquanto pensamento*, (e enquanto pensamento específico sobre a responsabilidade) é radical e necessário para a própria dimensão do direito. O que está em causa será sempre a responsabilização necessária na dimensão da intersubjetividade humana mediada por alguma instância de comparabilidade.

¹⁵⁹ O autor cita a título exemplificativo as comunidades moçárabes e as comunas mudéjar e judaica; as tribos índias dos Estados Unidos da América; a Igreja Católica; a União Europeia; o Conselho de Segurança das Nações Unidas; p.67-181.

¹⁶⁰ *Ibid.* p.55.

¹⁶¹ *Ibid.* «Onde houver um agrupamento de pessoas que possa qualificar-se de comunidade política, e sejam quais forem os critérios que adoptemos para lhe dar essa qualificação, há sempre uma – e só uma – entidade responsável pela sua segurança *geral, sc.*, pela generalidade dos aspectos da sua vida quotidiana. Essa entidade, a que chamamos jurisdição central, corresponde hoje à figura do Estado». p.210

2.3.3. Síntese Parcial – Construção de novos Pressupostos (nP) Jurídico-Criminais *dentro* do Estado de Direito *Material* a partir da observância da crítica abolicionista

Nosso papel aqui não é no sentido de rejeitar as conquistas do pensamento moderno, nomeadamente a da universalidade de direitos e garantias, embora nossos propósitos possam ser considerados, em algum sentido, radicais. Afinal, o pensamento derridiano é aquele que sempre nos conduz a pensar a singularidade do caso concreto – ética absoluta –, cuja resposta não pode ser calculada *a priori*. Por outro lado, o pensamento *jurisprudencialista* também nos conduz à equalização do sistema/problema, reivindicando a importância do direito como elemento de comparabilidade, sem rejeitar a singularidade do caso concreto – também resgatando à ética, embora de modo diverso. Assim, se acaso pensarmos que o abolicionismo é totalmente incompatível com a própria juridicidade, estar-se-ia desconsiderando a importância daquele pensamento para o próprio direito, como uma espécie de ferramenta para sua própria perfectibilidade crescente.

Neste sentido, contrapor pressupostos teóricos que possuem pontos em comum, embora respondam de distintas formas, não é tarefa fácil. A consideração que aqui nos interessa é a de contrapor visões *externas* e *internas* ao direito, para repensar, deste mesmo modo, a justiça criminal, não tratando-se de negar sua validade, mas antes fazendo-a dialogar, sem perder sua autonomia, com o próprio abolicionismo penal.

Dois pontos nos parecem interessantes enquanto pressupostos, em síntese.

(1) Pensar a Criminologia enquanto uma área aberta [pressuposto da passagem pela juridicidade], cujo propósito não é o de resguardar a sua própria autonomia, ao contrário do Direito Penal. Há uma esfera da Criminologia que não passa, necessariamente, pela juridicidade. Ela comunica-se com o pensamento pós-moderno, rejeita as universalidades analisadas, desconstrói o sujeito de direito. Dela não se pode extrair uma política criminal, mas talvez um pensamento de suspeição¹⁶², que comunica-se com esferas exteriores ao direito, de transgressão, mas que podem, em algum momento, transformar-se *de direito* [pressuposto da justiça enquanto desconstrução]

(2) Da esfera de comunicação entre Criminologia e Direito Penal, podemos construir alguns pressupostos a partir da consideração *interna* à própria juridicidade. Seria o

¹⁶² Expressões igualmente formuladas no capítulo III a partir desta Pressuposição.

caso de pensar em *uma* dogmática crítica¹⁶³ em decorrência da proposta de radicalização da liberdade humana, pela consideração da pena privativa de liberdade, ela mesma, como uma *ultima ratio*, a partir da retomada da ética. Desta radicalização do pensamento jurídico-criminal poderia pensar-se em minimalismo penal ou uso alternativo do direito. Pensamos ser possível outro pressuposto, a partir da nossa leitura derridiana – o caso de repensar as multidimensionalidades –, em que o direito penal questiona a si próprio sobre *qual a melhor forma de tutelar materialmente os bens jurídico-criminais*¹⁶⁴, não supondo que a pena privativa de liberdade assuma, necessariamente, a prioridade da resposta dogmático-criminal, bem como questionando aos três pontos cegos¹⁶⁵ do pensamento moderno penal. Se isto for possível, devemos provar sua possibilidade/viabilidade adiante nos próximos capítulos, separadamente.

¹⁶³ Expressão propositiva a ser formulada no capítulo IV.

¹⁶⁴ A ser igualmente formulada no capítulo IV.

¹⁶⁵ Análise crítica à dogmática penal também inserida no capítulo IV.

CAPÍTULO III
DAS EXPRESSÕES DA POLÍTICA CRIMINAL E DA POLÍTICA DA
CRIMINOLOGIA –
OS PONTOS CEGOS DO ABOLICIONISMO PENAL

3.1 O Pensamento Abolicionista Penal: Eixos-Fundamentantes e Limites juridicamente fundamentados

3.1.1 Mapear *uma* unidade no terreno da pluralidade discursiva: os eixos dos abolicionismos

A tentativa de encontrar *uma* unidade é traçada em decorrência da provável impossibilidade de construir *a* unidade total em torno do que possa ser *o* abolicionismo penal. Isto invoca, é certo dizer, uma *tal* compreensão do abolicionismo com a qual a juridicidade possa travar um diálogo. Mas afinal, reputamos que isto é indispensável dentro das ciências criminais.

Em SCHEERER¹⁶⁶, tem-se que o abolicionismo penal não constitui uma «teoria *stricto sensu*», em razão da ambiguidade descritiva de seus conceitos. Tampouco seria um «paradigma» no sentido cunhado por Thomas KUHN¹⁶⁷, sobretudo por ser um termo de aplicabilidade duvidosa para a Criminologia. Por outro lado, o abolicionismo é uma forma de (a) organização do pensamento e de (b) percepção dos fenômenos de controle social. Para aquele primeiro Autor, é mais prudente e realista considerar o abolicionismo como uma perspectiva científica cujo objeto é o controle social na sociedade pós-moderna. Apesar disso, a perspectiva crítica assume um papel «negativo», como no sentido empregado pela tradição Iluminista, *i.e.*, de cunho cético.

Se por um lado a análise de SCHEERER é cabal no que diz respeito ao pensamento abolicionista penal de sua época, por outro lado estará defasada em relação ao que fora produzido nos últimos anos. Uma atualização, embora muito breve, poderá ser feita com

¹⁶⁶ SCHEERER, Sebastian. Abolición del Sistema Penal: Una perspectiva en la Criminología Contemporánea. *Derecho Penal y Criminología*. v.8, n.26, maio/ago, 1985, p.205.

¹⁶⁷ Sete anos após a primeira publicação, KUHN publica um *post-script* explicando os dois sentidos de paradigma: (1) uma constelação de crenças, valores e técnicas compartilhadas em uma dada comunidade; (2) Regras derivam de paradigmas, ao passo que estes guiam a pesquisa mesmo na ausência daquelas. De modo que as descobertas científicas não são suficientes para a «mudança paradigmática destrutiva-constructiva». Ainda, por mudanças paradigmáticas, cita o autor: «Revolução Copernicana, Newtoniana e Einsteiniana». KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2ª ed. The University of Chicago Press, 1970, p.66

David SCOTT e Michael COYLE, segundo os quais o abolicionismo penal constitui-se em seis grandes eixos: (1) perspectiva teórica de interpretação do mundo; (2) linguagem enquanto ferramenta inovadora da interpretação do mundo; (3) movimento social informado pelas perspectivas teóricas; (4) engajamento político estratégico; (5) conjunto coerente de valores ético-políticos para moldar as relações sociais e a resolução de conflitos interpessoais; (6) práxis revolucionária contra opressão penal¹⁶⁸.

No primeiro ponto, tem-se que o abolicionismo penal produz novos modelos de teoria e de prática em relação às forças causais em relação ao próprio delito e às responsabilizações indivíduo-indivíduo/indivíduo-comunidade. No segundo ponto, tem-se que a construção de uma nova linguagem é indispensável, dado que a redução da complexidade do mundo pela linguagem normativa limita a construção de alternativas minimamente viáveis. No terceiro ponto, trata-se de um – indispensável –, compromisso com a sociedade por meio de audiências públicas e estudos desenvolvidos através da Universidade e do Judiciário. No quarto ponto, o objetivo é dado pela participação democrática em que uma sociedade justa é aberta a todos, de modo que a luta contra a construção de novos tipos penais é almejada. No quinto ponto é realçada a perspectiva filosófica do pensamento, a partir da dupla ética em sentido *negativo* e em sentido *afirmativo*, *i.e.*, de que a ética abolicionista em sentido negativo questiona a deliberada infligência de dor, sofrimento e desumanização através da punição, ao passo que em sentido afirmativo conecta-se com a transformação não-coerciva das relações interpessoais. Em último sentido, o abolicionismo é uma *praxis* orientada para uma radical mudança da estrutura social¹⁶⁹.

Tem-se, ainda, por intermédio de PICHÉ e CARRIER¹⁷⁰, as sete lógicas do abolicionismo, enquanto um pensamento altamente complexo e diversificado, apesar de permanecer às margens da comunidade acadêmica: (1) crítica à gramática da criminalização; (2) evidenciar a negligência em relação aos interesses das vítimas e da comunidade; (3) rejeitar a heteronomia do sistema penal; (4) demonstrar a impossibilidade de justificar a

¹⁶⁸ COYLE, Michael J.; SCOTT, David. *The Routledge International Handbook of Penal Abolition*. Michael Coyle & David Scott (org). New York, Routledge, 2021, p.1-5.

¹⁶⁹ *Ibid.* p.4-9.

¹⁷⁰ CARRIER, Nicolas; PICHE, Justin. Actualité de l'abolitionnisme. *Champ Pénal*. Dossier: Abolitionnisme. v.XII, 2015, p.s[?]

punição; (5) rejeitar a institucionalização da inflicção de dor por meio das prisões; (6) denunciar o *Prison Industrial Complex* (PIC); (7) denunciar o encarceramento global.

Aos quais os mesmos autores interpelam «pontos cegos» do pensamento abolicionista dentro do mundo acadêmico: (1) o que fazer com os *poucos perigosos*? Ou como os autores questionam «*les ‘quelques personnes vraiment dangereuses’ constituent une force spectrale qui hante la pensée abolitionniste*»; (2) o «folclore da pena» enquanto constitutivo de uma dimensão humana que seja, talvez, intransponível «*Être ‘moins punitif’ ou développer une critique de la ‘punitivité’ ne peut pas être confondu avec être ‘non punitif’ ou développer une critique abolitionniste de la peine*». Acrescentam, ainda (3) o problema sobre a noção vaga e imprecisa de «comunidade» e o problema do (4) capitalismo e racismo diante da aplicação da pena¹⁷¹.

Neste sentido, podemos vislumbrar, por um lado, um conjunto de divergências entre a juridicidade penal e o pensamento abolicionista e, por outro lado, um conjunto de convergências. Destacaremos, assim, inicialmente o que intitulamos enquanto *pontos cegos*¹⁷² do pensamento abolicionista penal, a confirmarem aquelas divergências. No capítulo seguinte, destacaremos, dentre estas, três objeções abolicionistas e daremos um tratamento jurídico-penalmente fundamentado.

3.1.2 Pontos Cegos do Pensamento Abolicionista Penal

3.1.2.1 Críticas Dogmático-Penais ao Pensamento Abolicionista Penal

3.1.2.1.1 Problemas de delimitação do alcance: o fator *Punição*

«*The punishment has always existed*»¹⁷³.

¹⁷¹ CARRIER, Nicolas; PICHE, Justin. Des Points aveugles de la Pensée Abolitionniste dans le Monde Universitaire. *Champ Pénal*. Dossier: Abolitionnisme. v.XII, 2015, p.[?].

¹⁷² Não queremos com *pontos cegos* invocar a identificação de falhas metodológicas do abolicionismo penal, mas em fazer um contraponto juridicamente fundamentado que demonstre as limitações deste pensamento.

¹⁷³ SCHEERER, Sebastian. “A punição deve existir! Deve existir o direito penal?”. Trad. Raphael Boldt. (Strafe muss sein! Muss strafrecht sein?). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23, v. 117. nov/dez. São Paulo, p. 363.

Uma sociedade que se sustente sem sanções negativas provavelmente nunca existirá. A punição sequer fora totalmente abolida mesmo nas utopias literárias. Até em Lilliput, onde tentou-se substituir o sistema de castigos – a coerção reativa em decorrência da transgressão às normas –, por sistema de recompensas¹⁷⁴, com intuito de fazer do castigo algo supérfluo, havia sanções gravíssimas. Seria, talvez, parte inevitável das perdas em viver-se em sociedade, na coexistência humana. Neste específico sentido, a-histórico, devemos entender o castigo como parte das relações interpessoais. Por isso que mesmo SCHEERER¹⁷⁵ admite que a *punição* é tão eterna quanto a ordem normativa da sociedade, posto que são dois lados da mesma moeda.

Vários juristas e filósofos convergiram, assim, para a necessidade da punição como critério de coexistência humana. Muitos, entretanto, divergiram quanto à necessidade do direito penal. Neste sentido é que SCHEERER diverge de BAUMANN, já que para este último sempre existiu o direito penal, enquanto que para aquele não. A necessidade do direito penal é argumento último contra o pensamento abolicionista, de modo que a sua eternidade faz parte da humanidade, não correspondendo nem a um critério moral de bom ou mal, nem a um critério religioso de sagrado ou profano, mas simplesmente a um de necessário.

Por outro lado, BAUMANN sustenta que as raízes da norma penal são similares às das normas morais. Hoje, entretanto, a norma penal passou pelo processo de secularização, de tal forma que almeja-se a consideração do preceito penal de forma isolada, separada, assim, das leis morais. Apesar deste processo, «*la norma penal no podrá negar completamente su origen*», uma vez que é possível argumentar que, se de uma forma a imoralidade de uma conduta não é critério suficiente para castigá-la, de outra forma pode-se igualmente argumentar que ao Estado não é razoável o emprego de normas penais no âmbito daquilo que é moralmente indiferente «*porque ello resulta cómodo!*»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ SWIFT, Jonathan. *Gullivers Reisen in unbekannte Länder*. Ngiyaw eBooks, 2008, p.76. Assim, um exercício criativo de reflexão deve ser o de imaginar, embora realisticamente, uma sociedade na qual nem a riqueza nem o nascimento determinam os rumos da coletividade, mas sim os valores do justo. Sabemos, entretanto, que mesmo no universo fantasioso de Lilliput havia castigo. Isto porque para manter a coesão daquele sistema de recompensas era necessário punir as condutas consideradas mais graves que afetariam contra aqueles valores erigidos enquanto justo. Neste sentido, a fraude era considerada mais grave que o roubo, pois demonstrava, de certa forma, uma agressão mais forte contra aqueles valores. Afinal, não é assim mesmo que toda comunidade – estatal ou não –, organiza-se? Se sim, então concluímos que o castigo é necessário. Também assim conclui SCHEERER.

¹⁷⁵ *op.cit.* p.364.

¹⁷⁶ BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema – Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p.2

Continua BAUMANN, em defesa de sua tese, sobre a impossibilidade da existência de uma ordem socialmente correta e moralmente reprovável, dado que as normas jurídico-penais não podem estar em contradição com as normas morais. Significa dizer, então, que uma dada comunidade ao decir coexistir apenas por critérios utilitários não está em uma ordem de direito, apesar de ser uma ordem socialmente construída. O objetivo da ordem juridicamente construída é o de permitir a que cada indivíduo possa almejar valores mais elevados em sua missão moral individual. Se o coletivo impede-o de prosseguir nesta missão, há violação aos seus direitos¹⁷⁷.

Entendemos, contudo, que o alcance da discussão aqui estabelecida pode ser visto, novamente, através do resgate da Ética. Em sentido ético-normativo, a necessidade pela coexistência – que para BAUMANN «*no es un fin absoluto*»¹⁷⁸ –, faz emergir a ordem social da qual necessita de algum sentido normativo. Isto cria, por conseguinte, as normas morais, das quais derivam as normas penais [estamos de acordo com o Autor neste ponto]. Assim sendo, algum sentido de punição – embora variável historicamente –, há de existir. Acrescentamos, ainda, sobre a importância mesmo desta existência, posto que constitutiva da liberdade humana pela sua responsabilização, enquanto formação de elos comuns na construção de uma comunidade. Se acaso não existisse a repreensão moral, talvez seria o caso de aceitarmos o *individualismo absoluto*, em que cada indivíduo enclausurar-se-ia a si próprio, negando, portanto, a existência da vida social. A reflexão suscitada por SCHEERER, entretanto,

Apesar disso, um *exercício de suspeita* continua sendo válido para ser realizado dentro do próprio direito penal. Tem-se, no pensamento foucaultiano, que as prisões teriam surgido apenas por volta de 1760 e 1840; o nascimento da pena seria datado, por outro lado, no século XII. Tem-se, ainda, que apesar de condutas indesejadas e socialmente reprováveis sejam fenômenos sociais totais – cuja razão está interligada à coexistência humana –, as punições *em sentido estritamente penal* não derivam de formações universais, mas contingentes e historicamente recentes, atuando em sociedades modernas, complexas, sob a presença do Estado-Nação, embora de maneira obsoleta já há algum tempo¹⁷⁹.

3.1.2.1.2 Problemas de delimitação do alcance: o fator *Autonomia das Partes*

¹⁷⁷ *Ibid.* p.4.

¹⁷⁸ *Ibid.* p.3.

¹⁷⁹ SCHEERER, p. 367.

A «despersonalização»¹⁸⁰ constituída via processo penal será, mais antes, produto do sistema penal ou da modernização das relações sociais em que aquele insere-se? Com isto, não queremos rejeitar a crítica acerca da possibilidade/viabilidade da busca pela *repersonalização* do conflitos, mas apenas em indicar a limitação desta tentativa em sociedades industrializadas e modernas. CHRISTIE estava ciente de que é necessário um alto nível de informações recíprocas entre os envolvidos em um conflito, de modo que um primeiro entrave é a questão da autonomia das partes.

Analogamente ter-se-ia, diante do instrumento da mediação penal, o prosseguimento da persecução penal diante da impossibilidade do consentimento do ofendido ou do arguido. Em se tratando do procedimento previsto na legislação portuguesa¹⁸¹, os arts. 3º, número 5, e 4º, número 2, seriam convocados na causa. Ora, CHRISTIE¹⁸² havia demonstrado este impasse ao analisar que alguns arguidos preferem um julgamento pela corte, dada a falta de habilidade – e até pânico –, na própria reconciliação com a vítima. Bem como esta pode preferir o julgamento impessoal da corte. Estas questões demonstram entraves e reivindicam a reflexão de que ainda o processo penal é necessário.

3.1.2.1.3 Problemas de delimitação do alcance: o fator *Nova Fenomenologia do Crime*

Este ponto deve ser observado atentamente por duas razões. Por uma razão de ordem crítica e por uma razão de ordem autocrítica da dogmática penal. A razão de ordem crítica incorre em argumentar que os mecanismos de resolução de conflitos extraprocessuais, encabeçados pela Justiça Restaurativa ou outras formas de resolução, não seriam capazes de resolver todas as *situações-problema* possíveis de uma sociedade moderna, sobretudo em se tratando de delitos de alta gravidade. A razão de ordem autocrítica, por outro lado, incorre na identificação de que apenas um único sistema não é capaz de resolver tais conflitos, de modo que o sistema de justiça criminal dependa de sistemas ou complementar ou alternativos.

¹⁸⁰ CHRISTIE, *Conflicts as property*. p.6, *op. cit.*

¹⁸¹ Em Portugal, a legislação que regulamenta o regime da Mediação Penal é a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁸² CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*. London: Routledge, 2004, p.18.

Deste modo, pode-se evidenciar diante daquela razão de ordem crítica uma expansão do direito penal sobretudo em decorrência do surgimento de novos interesses. Aqui reça SILVA SÁNCHEZ¹⁸³ que a construção de novos bens jurídicos deriva ou de valores pré-existentes ou de *novas realidades*. Assim, assinala a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico-artístico, por exemplo.

Neste sentido, ainda SILVA SÁNCHEZ¹⁸⁴, embora em outra passagem, demonstra que em muitos casos de criminalidade violenta da sociedade contemporânea o núcleo do direito penal é reivindicado, sobretudo em casos de delitos socioeconômicos. A nossa problemática estaria, contudo, na questão da seleção do catálogo de delitos que devem ingressar, necessariamente, na esfera jurídico-criminal. Demonstraremos alguns delitos mediante três critérios a seguir.

3.1.2.1.3.a Globalização e Delitos Econômicos

Alguns aspectos gerais da nova fenomenologia criminal podem ser identificados na a) criminalidade organizada, b) criminalidade de massa e c) terrorismo. O que ocorre nestes casos é que o *modus operandi* passou por uma profunda alteração, de maneira que a partir da globalização a criminalidade não é só anti-estatal, mas autônoma, nômade, não-piramidal e em rede¹⁸⁵. A respeito da criminalidade organizada, as motivações econômicas destacam-se diante de redes difundidas internacionalmente, de modo que os efeitos políticos e econômicos são danosos, sobretudo pela capacidade de que tais organizações têm de desestabilização geral dos mercados e de corrupção de funcionários do governo.

Deste modo, perante o recuo do Estado promovido pelo neoliberalismo, as redes transfronteiriças são a contrapartida da globalização. Inclusive a respaldar no conceito de soberania, cuja acepção não mais é aquela de ilimitada e de exclusivo exercício de poder político pelo Estado, mas sim de uma soberania repartida. De modo que a nova criminalidade opera a partir desta nova realidade, por via da globalização. Neste sentido, não estaria mais o delito localizado «nas margens da sociedade», mas antes derivaria da porosidade com que

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p.25.

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992, p.21-22.

¹⁸⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Democracia e Criminalidade – entre o risco e a confiança. *Terra de Lei*. n.1, sem.1º, Lisboa, 2012, p.52.

se constitui a sociedade atual, não podendo-se mais realizar a imediata distinção entre sociedade-do-crime x sociedade-oficial. Isto apenas corrobora o aumento de complexidade e de perplexidade que nos afigura o mundo pós-moderno. Deste modo, uma inevitável desterritorialização opera-se neste mundo, o qual afeta o direito e processo penais, marcados pelo fenômeno da (1) interlegalidade, (2) policêntrico, (3) em rede. Segundo ROGRIGUES, ainda, vale recordar a etimologia da palavra crise, já que «*krisis*» significa «decisão» em grego, e assim o que está em jogo é sempre o permanente desequilíbrio entre liberdade e segurança da democracia, cujo âmago é a política criminal¹⁸⁶.

3.1.2.1.3.b Delitos sem vítimas

Sobre a vítima no processo penal, Costa ANDRADE há muito havia observado que «após uma ausência de séculos, assiste-se ao regresso da vítima ao pensamento penal. Tanto a nível das tentativas de explicação do crime como das proposta de política criminal», de modo que o «delinquente» é forçado a partilhar o espaço, entre outros, com a vítima¹⁸⁷. Uma observação relevante do Autor, contudo, é a de que a presença crescente da vítima não ocorre unicamente no universo penal, mas na verdade este faz parte de um universo maior, de cariz filosófico, político, cultural e literário¹⁸⁸.

Por outro lado, o horizonte criminológico e vitimológico assistem a uma certa Perplexidade em termos de clarificação e sedimentação após períodos conturbados de sucessivas orientações conflituantes. Logo, dado o estado de coisas ainda vigente, seria mais rigoroso falar-se em *perspectivas vitimológicas* do que, simplesmente, em vitimologia. Neste sentido, a Criminologia deve adiantar-se ao próprio direito penal operando com as situações de «vítimas sem crimes»¹⁸⁹, sem direito criminal.

Por outro lado, há os casos de «crimes sem vítima». Tratam-se de delitos que atingem entidades ou valores abstratos, como a ordem moral, jurídica e econômica. Em outros casos, é apenas um direito penal residual em que este ainda instrumentalizava-se em nome de alguma moralidade. Em sentido mais estrito, por outro lado, são atos voluntários

¹⁸⁶ *Ibid.* p.50.

¹⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Suplemento XXI. Coimbra, 1974, p.197.

¹⁸⁸ *Ibid.* p.200. São as experiências do teatro do absurdo em que são comuns as referências à denúncia da violência e da desumanização, como em Kafka e em Camus.

¹⁸⁹ *Ibid.* p.214-215.

de permuta de bens ou serviços legalmente proibidos, pelo que não é possível identificar neles uma vítima-ofendido, *i.e.*, uma parte interessada em vindicta. Neste sentido, é problemática a identificação da vítima com abstrações de ordem moral ou econômica, posto que nem a todo crime em sentido jurídico corresponde uma vítima em sentido criminológico.

São casos, assim, em que ocorre a ausência de uma *vitimação primária*¹⁹⁰. A abolição destes delitos não parece ser opção político-criminal viável em muitos casos. Do contrário, a ordem econômico-financeira parece depender cada vez mais da tutela penal. Demonstramos, a seguir, que há ainda mais razões para a *necessidade* da tutela penal.

3.1.2.1.3.c Delitos digitais e especial consideração sobre a problemática das «Fake News»

Em outro momento¹⁹¹ tivemos a oportunidade de destacar a grave problemática em torno da «*information disorder*», de modo a considerar a *necessidade* e *dignidade* da tutela penal em torno do *financiamento da desinformação*. São casos em que a democracia e o Estado de Direito são fragilizados diante da imponentia de setores organizados da sociedade que passam a intervir, com *dolo direto*, na divulgação massiva de informações.

Deste modo, e ao contrário do que possa se pensar, o que está em causa não é somente o conteúdo falsificado da informação, posto que isto *per se* não reivindica a construção de um delito autônomo, já que poderá ser tutelado por outros delitos, como os delitos contra a honra no caso do suposto ofendido ser um candidato presidencial, por exemplo. Do contrário, a disseminação arquitetadamente deliberada de falsas informações interferem na defesa de instituições democráticas, na integridade do processo democrático e na livre circulação de ideias. Com Jónatas MACHADO¹⁹², interferem, inclusive, na igualdade comunicativa.

Deste modo é que consideramos, na ocasião, e continuamos a considerar, de que em tais casos a amplitude dos danos passa a afetar um bem jurídico autônomo, pois não guarda relação diretamente com uma vítima *física*, mas com as instituições sociais. E dentre estas, talvez as principais em um Estado de Direito *materialmente* Democrático, posto que

¹⁹⁰ *Ibid.* p.221-222.

¹⁹¹ ROJAS, T. Teodoro T. Sanchez. *Punindo a Desinformação: uma análise sobre a criminalização das Fake News por meio do estudo do Bem Jurídico-Penal* in VASCONCELOS, Adaylson (Org.) *Conhecimento, Experiência e Empatia: A Envoltura do Direito*. Ponta Grossa: Atena, 2021, p. 150-153.

¹⁹² MACHADO, Jónatas E.M.; DE BRITO, Iolanda Rodrigues. Liberdade de Expressão, informações seguras e figuras públicas. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.95, n.1, 2019, p.59

a correção das informações públicas interferem diretamente nos rituais democráticos. São casos em que a legitimação positiva do direito penal é convocada sob pena de proteção deficiente¹⁹³.

Assim, demonstra-se que no caso de sociedades pós-industriais, o elemento tecnologia constrói novos riscos sobretudo a partir da «revolução das comunicações»¹⁹⁴, em que a insegurança é traduzida na dificuldade de obtenção de autênticas informações.

¹⁹³ ROJAS..., *op.cit.* p.163. No caso específico das *Desinformações* fora considerado que o compartilhamento não deve pertencer ao núcleo do tipo penal, mas sim o seu financiamento caso tenha finalidade de influenciar o percurso eleitoral, partidos políticos ou agentes públicos.

¹⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *la expansión del derecho...*, *op. cit.*, p.33.

3.2 O Momento de Disjunção: o *exercício de suspeita* e a convocação da *Desconstrução*

Embora possa haver um certo diálogo entre as críticas abolicionistas e a dimensão da juridicidade criminal, sobretudo no que diz respeito ao resgate da dimensão ética, certamente há um momento de disjunção entre a racionalidade prática do direito e as hipóteses da racionalidade finalisticamente orientada do abolicionistas.

Um destes pontos pode ser entendido com MILOVANOVIC¹⁹⁵, o qual expõe que o discurso moderno é instaurado a partir da concepção de neutralidade, em que o conhecimento científico é instrumento para expressar a racionalidade, de modo que o significante e o significado são estabilizados para cristalizar o conhecimento convencional. Por outro lado, o pensamento pós-moderno não assume a possibilidade de um discurso neutro ou na possibilidade de um discurso que esteja *acima* dos demais, ou de que haja um ponto de vista *privilegiado*, o qual já é a marca da Perplexidade com que nos assombramos nestes Tempos. Assim, dentro da Criminologia Pós-moderna identifica-se a violência da linguagem, de modo que repressão e a alienação resultam da produção de discursos hegemônicos historicamente situados. É por isto que o conhecimento é sempre fragmentado e contingente, sendo necessariamente resultado de múltiplos locais de produção.

Isto demarca dentro da ciências criminais a relação Política-Criminologia. De tal modo que ZAFFARONI já havia destacado a impossibilidade da Criminologia possuir o atributo da neutralidade política¹⁹⁶. Isto porque não pode haver neutralidade alguma quando trata-se de questões de exercício de poder. Trata-se da problemática questão acerca do próprio estatuto científico do saber criminológico, o qual o Autor opõe-se, sobretudo por considerar que a ideia da «ciência total do direito penal» de Franz von Liszt esteja ultrapassada. Do contrário, «de toda criminologia deduz-se uma política», ainda que implicitamente. Assim, toda criminologia trata ou de *reforçar* ou de *criticar* atos políticos, como a opção pela criminalização de uma determinada conduta, malgrado o esforço da teoria do bem jurídico e da dogmática em estabelecer limites à intervenção da política criminal.

¹⁹⁵ *Postmodern Criminology...*, *op.cit.*, p.12-13.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos. p.28-33.

Neste ponto, resta estabelecer então a diferença entre as agendas de reforço, conduzidas pela Política Criminal e as agendas de crítica, conduzidas pela Política da Criminologia¹⁹⁷.

3.2.1 *Uma* Política da Criminologia

Ao passo que uma criminologia política possui um estreitamento ainda maior entre as esferas da ciência e política – posto que seria uma ciência objetiva disposta a fornecer dados para as agendas governamentais –, uma política criminal constituir-se-ia efetivamente de planos e opções gerenciais de governo, a partir de políticas de codificação. Por outro lado, uma dimensão totalmente distinta está na Política da Criminologia, cujo pressuposto [P] é a relação entre *exercício de poder e reflexão filosófica*¹⁹⁸.

Deste modo, assinala esta perspectiva de que o fundamento da filosofia não está na captura da realidade com o *déficit* do conceito, mas sobretudo na questão da tomada de posição. Analogamente, cabe à reflexão criminológica a fundamentação não estritamente epistemológica – de modo a tentar encerrá-la em algum objeto –, mas sobretudo na relação de *oposição* que esta reflexão pode propor ao exercício do poder punitivo. Difere sobretudo da dogmática penal por não ter o condão de correção e controle do *ius puniendi*, a partir de critérios normativos, como a teoria do bem jurídico e o parâmetro constitucional. Do contrário, a Política da Criminologia coloca-se dentro das relações de poder, porém contra estas mesmas relações¹⁹⁹.

De que maneira poder-se-ia manter uma postura contrária às relações de poder – que são ao fim e ao cabo indispensáveis em uma sociedade/comunidade? É precisamente por considerarmos que há *exercícios não legitimáveis de poder* que convocamos o papel da Política da Criminologia aqui, posto que o que a caracteriza é a não fidelidade a um sistema de doutrinas ou a uma ideologia, mas sobretudo um *ethos*²⁰⁰ filosófico de crítica permanente ao nosso ser histórico, uma atitude-limite em relação ao presente, de modo não a guiar-se

¹⁹⁷ A expressão «Política da Criminologia» é construída pelo prof. Augusto Jobim do AMARAL. *Política da Criminologia*. São Paulo: Tirant Loblanch, 2020, p.9-103.

¹⁹⁸ Que função desempenhou o filósofo na ocidentalidade filosófica? (1) O filósofo-legislador de Sólon, (2) o filósofo-pedagogo de Platão e os tragicômicos modernos da Revolução Francesa e Rousseau, o Estado Prussiano e Hegel, Estado Soviético e Marx. Assim, a racionalidade que permite a reflexão filosófica está atrelada a alguma tomada de posição. *Ibid.* p.14-16.

¹⁹⁹ *Ibid.* p.17-18.

²⁰⁰ *Ibid.* p.20-25.

pelo que é utilitariamente viável, mas sim pelo que é filosoficamente fundamentado. Deste modo, o objetivo final é a desestabilização do exercício de punição – punir por quê? –, ao invés das tomadas de decisão no percurso do aperfeiçoamento do *ius puniendi* – punir melhor.

Ainda neste sentido, importante evidenciar que *punir* assume outros sentidos, não sendo restrito à repressão estatal, mas incluindo a governamentalidade e a sua produção de subjetividades. Deste modo, a Política da Criminologia é destinada a ser um catalisador de modo a esclarecer as relações de poder ainda ofuscadas... ao que será importante, assim, o perguntar perante qual lealdade filosófica estaria a criminologia comprometida?

3.2.2 Criminologia enquanto Desconstrução

O resgate à Filosofia de Derrida mostra-se, novamente, oportuna enquanto momento de convocação da ética. Isto porque a reivindicação da justiça como núcleo indeseconstruível de toda e qualquer desconstrução possível revela ser a ponte para uma crítica permanente criminologicamente fundamentada. Isto porque para DERRIDA a justiça absoluta está para além do «presente vivo em geral», posto que a não-contemporaneidade é pré-requisito para poder pensar a ética levando-se em conta aqueles que ou já morreram ou ainda não nasceram. Ou seja, a justiça é aquilo que conduz em direção a uma «sobre-vida»²⁰¹

Questiona AMARAL sobre como é possível equacionar o singular – da dimensão do incalculável – com o universalizável – da dimensão do calculável, do qual parte o sistema jurídico²⁰². Em uma *democracia por vir*, há a heteronomia do *outro* a partir da (1) heterogeneidade e (2) indissociabilidade entre direito e justiça. Contudo, nesta equação a justiça está antes e depois do direito, ou seja, ela transborda o espaço da juridicidade, a qual não pode ser subtraída.

Deste modo, a razão jurídica está sempre presa àquelas *aporias* entre o singular e o universalizável, sempre prestes a fazer da justiça o remorso do direito. Se isto é assim, não há nem o devir nem o movimento pela *perfectibilidade* do direito que não apele a uma justiça. No caso da Criminologia, a sua *aporia* constituir-se-ia no complexo desafio de (1)

²⁰¹ Seria, neste caso, exigência da ética absoluta. Neste sentido, ver DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx. O Estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.12-13.

²⁰² *Ibid.* p.180.

crítica ao poder punitivo, (2) propensamente democrática e (3) hábil a captar o incalculável dentro do reino da juridicidade-calculável²⁰³.

Sabemos, contudo, que a dimensão da juridicidade – o direito *como* direito –, é constituída por dois polos, (1) o problema e a (2) ordem que garante a estabilização e a sistematicidade, de modo que esta relação dialética estrutura a racionalidade estruturalmente *juridista*²⁰⁴. De modo que a sobrevalorização *incondicional* do âmbito do singular em detrimento do universal extrapola a dimensão jurídica.

O que não significa duas coisas: a) que as críticas de uma criminologia alimentada por uma *desconstrução* não sejam minimamente oportunas de serem consideradas dentro das ciências jurídico-criminais; b) que a dimensão jurídica propriamente dita não possa oferecer uma *resposta* judicativamente fundamentada em nome da *correção material*.

Deveremos demonstrar, assim, no próximo capítulo, que três pontos cegos rondam o direito penal e que derivam de uma certa subtração que é, agora, visibilizada precisamente pelas críticas criminológicas. Tratam-se de três aspectos suscitados pelo próprio pensamento abolicionista, posto que há exigência pela dimensão (A) ético-relacional com a presença da vítima, pela convergência com a (B) ética na análise das prisões e (C) a análise de justiça social e correção material.

²⁰³ *Ibid.* p.178-179.

²⁰⁴ O «problema» traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos e cuja solução exigem concretos juízos decisórios que mobilizarão a dimensão da normatividade do «sistema». Entre ambos polos opera uma dialética em que não se sobrevaloriza nem um nem outro polo. Neste sentido, v. CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.155-157.

CAPÍTULO IV
DAS EXPRESSÕES DA JURIDICIDADE CRIMINAL –
OS PONTOS CEGOS DO DIREITO PENAL

4.1 Radicalizar a Pena Privativa de Liberdade [Eap]: *Standards* de Justiça enquanto Pressuposição

4.1.1 Um certo sentido abolicionista enquanto Pressuposto da Juridicidade Moderno-Penal: o caso da pena de morte

« *Je vote l'abolition pure, simple et définitif de la peine de mort* »²⁰⁵.

Como abolir algo de que é próprio do humano?²⁰⁶ Interessante notar o percurso de DERRIDA na *quatrième séance*, em que analisa os pressupostos teóricos da frase que inagura esta subseção. Um absoluto sentido pela abolição da pena de morte...? Há, de qualquer forma, um sentido abolicionista dentro do *Révolutionnaire* Victor Hugo, o qual interpreta uma dupla revolução – a revolução dentro da Revolução –, negando o princípio do Terror da Revolução de 1789 dentro da Revolução de 1848. O fundamento do segundo grau de revolução: a inviolabilidade do direito à vida, a qual será resgatada 100 anos depois pelas Nações Unidas²⁰⁷.

Apesar disso, há a consciência da historicidade do apelo à abolição definitiva da pena de morte. Afinal, a questão estava na ordem do dia naquela época, de modo que os escritores do século XVIII propunham o fim da tortura, ao passo que os do século subsequente, o da pena de morte. A ideia, entretanto, pressupunha um senso de justiça *plus que juridique*²⁰⁸. O que vinha pressuposto é, certamente, a dicotomia humano/divino, já que

²⁰⁵ ASSEMBLEE NATIONALE DE LA FRANCE. Discurso Parlamentar de 15 set. 1848 por Victor Hugo. Disponível em: [«https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/victor-hugo-15-septembre-1848»](https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/victor-hugo-15-septembre-1848). Acesso em: 30 set. 2021.

²⁰⁶ « *Vous savez, la peine de mort est le propre de l'homme ?* » DERRIDA, Jacques. Séminaire la Peine de Mort. V.1 Paris : Éditions Galilée, 2012, precisamente as páginas. 23 ; 148-149.

²⁰⁷ Malgrado o persistente esforço pela construção de um *standard* internacional em matéria de proteção de direitos face à aplicação da pena de morte e a possibilidade de estabelecer uma moratória de longo prazo contra as execuções. Neste sentido ver a Resolução 73/175 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.undocs.org/A/RES/73/175>. Acesso em: 30 set. 2021.

²⁰⁸ Seguindo a análise dos pressupostos teóricos do abolição da pena de morte em Beccaria, Kant e Hugo, conclui DERRIDA que o abolicionismo deste último ainda é profundamente cristão. *Op. cit.* p.156.

se a pena de morte é essencialmente uma questão humana, a sua abolição era uma questão divina. Se isto é assim, um sentido menos *desconstruível*²⁰⁹ é aberto por DERRIDA, de maneira a pensar outro pressuposto ainda mais incondicionalmente fundamentante para a abolição.

Para além da percepção da retórica do abolicionismo em Hugo, DERRIDA questiona-se como é possível que aquele autor tenha sustentado um abolicionismo simultaneamente em direito natural e em *droit social*²¹⁰. De uma certa forma, uma coordenada surge na questão da pena de morte, *i.e.*, a de repensar a racionalidade retributivo-proporcionalista, de modo que não mais se pensa a pena de morte como a retribuição proporcional a quem tenha cometido um homicídio ou um grave delito.

Dentro da oposição construída, à época, entre o abolicionismo – da pena de morte –, de Beccaria²¹¹ e o não-abolicionismo de Kant²¹², DERRIDA²¹³ vislumbra que a proposição do primeiro pode ser ainda um tanto mais cruel, em decorrência do carácter propositivo da substituição da pena de morte pela pena perpétua de trabalhos forçados.

Isto demonstra-nos, por outro lado, o sentido pressuposto sobre um *standard* de dignidade ou de justiça, que em algum sentido precede a dimensão da juridicidade, posto que antes mesmo de demonstrar-se a legalidade ou ilegalidade da pena de morte, tem-se o sentido pressuposto sobre a justiça ou injustiça que nela infere-se. Parece-nos ainda mais importante revelar um certo padrão de *justeza* que vem dentro da proposta da abolição da pena de morte, a qual é pressuposto para a construção do atual garantismo penal, demonstrando, assim, que um padrão de *justeza* conecta-se, relativamente, a um sentido de *justiça*. Uma historiografia, talvez, ignorada sobre o papel de Beccaria²¹⁴ – não pelo seu humanismo já documentado ou pelo seu pensamento demarcar a ascensão da burguesia nas

²⁰⁹ Há três pressupostos implicados no abolicionismo de Hugo e sua geração: (1) os escritores dão-se a responsabilidade de pensar o direito sagrado de fazer a Lei acima das leis; (2) a justiça divina deve ser retornada contra o sistema inquisitivo da Igreja, a qual traiu a justiça eterna; (3) uma fronteira é estabelecida entre o cristianismo fiel e infiel. *Op. cit.* p.160-161.

²¹⁰ « *La question que vous voyez en légiste, je la vois en philosophe. Le problème que vous élucidez parfaitement, et avec une logique éloquente, au point de vue du droit écrit, est éclairé pour moi d'une lumière plus haute et plus complète encore par le droit naturel. À une certaine profondeur, le droit naturel se confond avec le droit social* ». HUGO, Victor. *Écrits sur la peine de mort. Lecture de Raymond Jean. Actes Sud :2002*, p.250. Ver ainda DERRIDA, *séminaire...*, *op.cit.*, p.197.

²¹¹ A situação excepcional de possibilidade de aplicação da pena de morte é em caso de ameaça, pelo infrator, à segurança da nação e de revolução perigosa contra a forma estabelecida do governo. *Op. cit.* v.p.136.

²¹² Já em Kant, a Revolução Francesa era o signo do progresso possível da humanidade, de tal modo que havia a possibilidade racional de manter-se o princípio da pena de morte, afinal, a pena de morte demarcava a dignidade do homem que o colocava acima da vida natural e dos animais – o acesso ao direito dá-se pela pena de morte. *Op. cit.*, p.32.

²¹³ *Séminaire...*, *op. cit.* p.227.

²¹⁴ Por isso citamo-lo no primeiro capítulo como *um* primeiro abolicionista.

Revoluções supramencionadas –, mas pela relação entre o *standard* de justiça, o qual vem pressuposto por um certo pensamento abolicionista: é necessário abolir um *standard* para construir outro em seu lugar...?

Se reconstituirmos o sentido da abolição da pena de morte em Portugal, temos em TORGA que o «*civismo liberal dum pequeno povo, sem esperar por outros exemplos, adiantou-se corajosamente na senda do espírito, e pôs termo à negra tarefa das balas, do baraço e do cutelo*»²¹⁵, de modo que, enquanto humanos, devemos exigir inequivocamente que seja dado a todos os povos um código de *humanidade*, o qual possa garantir a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte.

É por isso também que CORREIA destaca, no mesmo sentido, que Portugal ocupa um importante espaço na história do movimento abolicionista da pena de morte. De uma certa forma, há um sentido que precede a dimensão estrita da *legalidade* em considerar uma dada forma de punição como abarcada ou não pela juridicidade. Importante como o autor discorre que a pena de prisão substituiu largamente as penas corporais há mais de três séculos – tornando-se o principal instrumento dos sistemas punitivos – embora tenda atualmente a ser considerada precária e contingente, de modo a surgir medidas diversas, nem detentivas, nem institucionais, já em 1963²¹⁶.

Apesar disso, é o *padrão* de pena que a sociedade moderna consagrou enquanto patamar *humanitário-civilizatório*. Isto porque como relembra FARIA COSTA²¹⁷, o nosso tempo não é o decretar morte à morte, mas sim de decretar morte à racionalização do *iter ante-mortem*, de proclamar-se sem hesitação o seu necessário desaparecimento, ainda que fosse possível hipoteticamente falar-se em pena de morte a um grau zero de dor física. Isto porque a pena *que leva necessariamente à morte*, independentemente de qualquer variável tecnológica, é a «nadificação do outro», pois considera o outro enquanto coisa que pode ser

²¹⁵ TORGA, Miguel. Pena de Morte *in* Pena de Morte. Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal (Comunicações). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, p.4

²¹⁶ Questões a serem deixadas em aberto: (1) um sentido de evolução enquanto etapa civilizacional? (2) Pensamento abolicionista enquanto critério a demarcar o grau de civilidade? De qualquer forma, podemos identificar que pela *historicidade*, algumas formas de punição perderam o sustento de tolerabilidade. Nosso propósito, com esta leitura, é relacioná-la com o *standard* de justiça. CORREIA, Eduardo. La peine de Mort. Reflexions sur sa problématique et sur le sens de son abolition au Portugal. *in* Pena de Morte. Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal (Comunicações). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. p.31.

²¹⁷ FARIA COSTA, José de. *A pena e a morte: um diálogo impossível in Livro comemorativo dos 150 Anos da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p.226-234.

reduzido a pó, de modo que isto apenas pode ser entendido não pela consideração restrita de uma vingança privada, mas pelo pretendido exercício de poder, quer seja um poder revolucionário, teológico, terrorista, ditatorial ou mesmo democrático, o exercício nuclear do «absoluto do absoluto soberano».

Assim, pena e necessidade de inflicção da morte é um *diálogo* impossível na juridicidade penal. Por outro lado, o que se aqui destaca é o próprio sentido pressuposto por uma dada *abolição* enquanto parte da construção indispensável da Jurisdição penal moderna. Não significa, entretanto, que esta mesma Jurisdição deva existir por intermédio de outros *abolicionismos* – a pensar o caso da pena privativa de liberdade –, mas significa que em um horizonte reflexivo não há uma incompatibilidade total, muito embora não seja tarefa nada fácil dizer o *porquê*, o *para quê* e o *como* deste diálogo.

A sociedade fractal e a Perplexidade das múltiplas respostas do momento atual fazem-nos supor que abolir o direito penal está mais próximo da solução do que do problema – a depender de onde se esteja falando –, mas parece-nos, por outro lado, mais *prudente* pensar que a complexidade dos conflitos que alcançamos incorre em dizer que nenhum sistema é capaz *per se* de dar um tratamento total ao caso. Por um lado, não podemos correr o risco de imaginar uma «justiça absoluta»²¹⁸ – a qual seja capaz de perseguição de todos os delitos possíveis, posto que a isto não se destina a atual concepção do sistema penal –, nem podemos, entretanto, deixar de supor que a Responsabilidade que se almeja em Estado de Direito *materialmente* Democrático possa ser exercido ou por mais de um sistema de justiça ou mediante a exigência de um retorno à ética que nos impele à reflexão sobre qual *standard* de justiça queremos para este século.

Devemos acrescentar, entretanto, uma nota pós-moderna. Ao contrário de pensarmos em *evolução* dos *standards* de justiça, devemos refletir sobre *opções* de *standards*. Isto porque nossos autores pós-estruturalistas estarão certamente em discordância teórica com um sentido pressuposto de continuidade, pois do contrário o pensamento foucaultiano e derridiano enxergam a partir de *rupturas*, o que os afastam de uma perspectiva humanista. Entendemos, assim, que precisamente disto reside nossa liberdade, enquanto projeto cultural civilizacional: não há dever ontológico para «subir» a um mais alto *standard* de justiça, mas temos a opção *livre* por decidir lutar por *standards* mais altos – apesar de

²¹⁸ Como bem alerta-nos CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*. Ano 21, n.84, out-dez. 2000, p.33.

não-obrigatórios – assim como um dia foi possível à pena de morte ingressar no ordenamento jurídico, ao passo que hoje é, ao menos em Portugal, absolutamente impossível.

Assim, a questão que deve ser pensada é no sentido das condições e exigibilidades para um *avenir* deste *standard* mais alto. Pensar a categoria da Responsabilidade é, sem dúvida, a ponte que interliga os dois lados desta inevitável equação [P] → [E]. O sentido do pensamento abolicionista que aqui se reivindica é pensar a responsabilidade humana, analogamente como a categoria da juricidade criminal. Se por acaso, entretanto, há pontos cegos no pensamento abolicionista, não menos hiatos podemos encontrar no direito penal. Destacaremos, deste modo, o que consideramos os três pontos cegos $[\alpha, \beta, \gamma]$ que guardam alguma relação com os pontos destacados no capítulo anterior acerca das críticas abolicionistas [A, B, C]. Será, portanto, nosso modo de proceder à análise – sem pretensão alguma de ser exaustiva, pois este não é local apropriado para tanto –, da crise e fragmentação da juricidade penal, a qual não significa que não possa ser, de alguma forma ainda incerta, reconfigurada, senão vejamos.

4.1.2. Pensar com/a Responsabilidade: Pontos Cegos do Moderno Pensamento Jurídico-Penal

Se acaso recusarmos as teorias retributivas²¹⁹ – a essência da pena residiria na expiação²²⁰ –, e as teorias relativas gerais e especiais negativas²²¹ – dado o exercício de intimidação amplo ou específico –, teremos, ainda, as teorias relativas de matriz positiva geral ou especial²²² –, de reforço da proteção aos bens jurídicos e de ressocialização, respectivamente. Constituindo estas as teorias tradicionalmente tidas como a legitimação daquela questão *normativa* analisada no primeiro capítulo desta dissertação, *i.e.*, o por quê do *dever* de punir.

Pensamos que há duas questões que permanecem, entretanto, em aberto, constituindo *pontos cegos* do moderno direito penal substantivo: (1) o papel da vítima na teoria da pena; (2) o questionamento-fundamental pela material-tutela-do-bem-jurídico-penal-mediante-privação-da-liberdade-humana; (3) o papel da *diferença* no domínio jurídico. Vejamos, contudo, os primeiros dois nesta subseção, ao passo que o último será abordado ao final do capítulo.

²¹⁹ Há três argumentos centrais contra a retribuição: (1) a retribuição pressupõe já a necessidade da pena que deveria fundamentar, sendo incapaz de estabelecer um limite quanto ao *conteúdo* do *ius punendi*; (2) compensar a culpa pela pena significa elevar o livre-arbítrio como um axioma, porém poder atuar de outro modo é indemonstrável cientificamente; (3) a expiação apenas consolida-se mediante um ato de fé, pois racionalmente não é possível demonstrar a vinculação da retribuição. Neste sentido v. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. trad. Natscheradetz, Palma & Figueiredo. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998, p.16-19.

²²⁰ «*punitur quia peccatum est*», de modo que a inegável relevância histórica das teorias de cunho retributivo pode ser identificada em toda a Idade Antiga, pelas representações mitológicas, bem como na Idade Média, pelas filosofias que convergiram a racionalização com a religião cristã. Em ambas, há o pressuposto da justiça divina, de modo que a retribuição era a concretização do mandado divino. Na Idade Moderna, entretanto, ela é construída a partir do imperativo categórico kantiano, posto que pela justiça faria o homem o seu valor na terra. Por outro lado, o sentido hegeliano da pena enquanto retribuição estaria no sentido dialético, no qual o crime incorria na negação ao direito, que devendo ser restaurado necessitava da negação da sua negação: a pena. Neste sentido, ver em DIAS, Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.43-46.

²²¹ A raiz comum entre as teorias relativas reside precisamente na instrumentalidade da pena, cujo finalidade transcende sua mera aplicação, de modo a ter algum *interesse* para a comunidade, fazendo parte, portanto, da política criminal. O sentido negativo, por um lado, incorre no sentido de intimação que a pena exerce sobre a generalidade dos membros da comunidade (*geral*) ou no de neutralidade sobre o infrator (*especial*). *Ibid.* p.50-51.

²²² Por outro lado, o caráter individual da prevenção pode estar relacionada à (re)socialização, à correção moral do delinquente, ao tratamento coactivo sustentado pelo paradigma médico. DIAS destaca que somente o conteúdo mínimo da prevenção especial positiva pode ser uma Expressão do direito penal próprio do Estado de Direito: a prevenção da reincidência. O matriz da prevenção geral positiva, de outro modo, diz respeito ao sentido de integração valorativa da comunidade, exercendo um papel de confiança. *Ibid.* p.52-53; 56-57.

Assim, ao final da abordagem destas três subdimensionadas questões do Pensamento Moderno-Penal, deveremos identificar a correta *expressão* do significado proposto de pensar *a* responsabilidade (responsabilização da pessoa) e de pensar *com* responsabilidade (responsabilização estatal na tríplice relação agente-vítima-Estado).

4.1.2.1 O Elo esquecido do Pensamento juridificante da Modernidade-Penal ou do Papel da Vítima na Teoria da Pena [*Ponto cego α*]

Ainda com DIAS²²³ tem-se a problemática da concertação agente-vítima, se seu âmbito de aplicação deva ser restrito aos bens jurídicos individuais ou também aos supra-individuais, e, ainda, se restritos ao âmbito da pequena e média criminalidade, ou se estendidos a grande criminalidade. Para o autor, no que tange à teoria da pena, o consenso vítima-autor só pode ter a natureza de «contributo» para o restabelecimento da confiança e paz jurídicas abaladas pelo fato-punível, ainda que «valiosíssimas». Isto porque se tivessem caráter de finalidade da pena, ingressariam no domínio do sancionamento penal, o que faria com que este passasse a ter uma natureza de disponibilidade, inadmissível, portanto.

Podemos iniciar esta trajetória crítica a partir da consideração dos Pressupostos e, de antemão, revelar o porquê de pensarmos a conjugação modernidade penal/criminologia pós-moderna. Acaso não seria revelador, já de si, que as correntes contemporâneas em sede de política criminal tencionam relativizar o papel do Estado, transformando a jurisdição penal a partir da categoria da disponibilidade, demonstrando que o princípio da legalidade (em Portugal) ou do acusatório (em *Terra Brasilis*) perdeu o caráter de absolutização, embora outrora demonstrasse o limite intransponível que constitui a singularidade do direito penal enquanto direito penal, a tal ponto que somos guiados – sobretudo em terras anglo-saxãs – pela eficiência e por resultados, ao invés dos fundamentos constitutivamente propostos por uma racionalidade *a priori*? Se isto é assim, um dos primeiros passos para entender a *perplexidade* com que nos assombra o prelúdio deste século XXI, é que nossas respostas possíveis são as mais plurais, de modo a não haver um único *sentido* que assume a primazia diante dos demais. A abertura ao pensamento pós-moderno é, portanto, uma ruptura cujo remédio não é constituído unicamente pelo Moderno Pressuposto do Contrato Social. Nosso propósito, deste modo, será demonstrar o porquê devemos ouvir à crítica

²²³ *Ibid.* p. 58-60.

criminológica pós-moderna, ao passo em que iremos contrabalancear por uma defesa do espaço público e pela jurisdição penal, a qual, entretanto, à medida que deva ser resguardada, deve passar por transformações para a concretização de um Estado Democrático de Direito Material, enquanto a aposta *possível* – logo, optativa – ao avanço das propostas actuariais-neoliberais.

•

Dogmaticamente consideradas, as Teorias da Pena constroem fundamentações para tentar responder àquela questão *normativa* inaugurada no primeiro capítulo desta dissertação. O que, entretanto, possa ser considerado enquanto pressuposto das teorias, para nós é considerado enquanto Expressão-Criminológica: (1) retribuição; (2) prevenção; (3) ressocialização; (4) proteção de bens jurídicos; (5) intimidação especial ou geral. Conforme tratamos, os Pressupostos [P] são as categorias as mais *a priori* o possível (por isso rejeitamos a racionalidade *puramente* instrumentalizante da Política Criminal). O que, *aprioristicamente*, constituiria os Pressupostos fundamentantes de uma Teoria da Pena?

A reconstrução teórica proposta por HÖRNLE²²⁴ é, no mínimo, suficientemente relevante para aqui ser destacada. Retomando a pergunta fundamental «*warum gibt es „Kriminalstrafe“?*», a autora propõe uma renovação crítica acerca das explanações «*mainstreams*». Em primeiro lugar, todas elas subdimensionam o papel da *pessoa humana*, que é a figura central – a vítima; em segundo lugar, igualmente ignoram as necessidades e emoções, sejam as da vítima ou do público geral²²⁵.

Assim, estamos supostamente ainda vivenciando propostas de *renascimento* da vítima, muito embora tais propostas sejam acessórias. A identificação da acessoriedade é pertinente, uma vez que constitui o primeiro dentre três do que intitulamos enquanto pontos cegos.

Assim como em Portugal e Brasil, na Alemanha o panorama descritivo das teorias da pena segue a clássica bifurcação em absolutas e relativas²²⁶. Entre as absolutas, os

²²⁴ HÖRNLE, Tatjana. Expressive Straftheorien in KOCH, Gertrud. *et al. Affekt und Urteil*. Brill Fink: 2015, p.143.

²²⁵ *Ibid.* p.144.

²²⁶ A origem desta divisão deriva das expressões latinas «*poena absoluta est ab effectu*» e «*poena relativa est ad effectum*». O critério divisor entre ambas é a da aplicabilidade da sanção penal (in)dependentemente dos efeitos

Pressupostos [P] derivam diretamente do Idealismo Alemão, a partir das considerações kantianas e hegelianas sobre a fenomenologia do homem, de modo que este nunca poderia ser utilizado enquanto meio para fins utilitários, ainda que em nome do bem comum, ou, ainda, de que a pena corresponde ao negativo da dialética, de modo a proceder ao cancelamento da violação ao direito. A construção do Estado de Direito – *Rule of Law* –, impede, contudo, a fórmula da punição com fundamentos morais e sem fins sociais.

Seguindo-se ao processo de secularização do Direito Penal, as justificações da punição passaram, assim, à consideração de efeitos prospectivos, de tal modo que o neokantismo presente na Escola de Marburg alterou, substancialmente, a teoria da punição. Tal é a formulação da prevenção especial-negativa proposta por LISZT²²⁷, a partir da qual já pode-se evidenciar o início de um pensamento direcionado aos fins – a racionalidade instrumental, a *zweckrationalität*.

Assim, a cisão na teoria das penas ocorre por meio da consideração de fatores almejavéis através da pena. Ainda segundo HÖRNLE²²⁸, desde o final do século XIX a teoria da pena é ainda guiada pela ideia de que a única alternativa à teoria absoluta reside nas justificações preventivas especiais ou gerais, subdimensionando, de certa forma, os interesses das vítimas. Assim, a integração e retomada da vítima é, ainda, um fenômeno relativamente atual.

Com isto, pensamos identificar que o Pressuposto das teorias da pena é a juridificação do pensamento na Modernidade, com a ascensão de uma ordem pública a que corresponde o Direito Penal. O conteúdo das Teorias seriam, assim, Expressões criminológicas hábeis à justificabilidade do discurso moderno. O atual papel do Estado, entretanto, parece ser tendencialmente relativizado, de tal forma que a crítica criminológica pós-moderna parece-nos, deste modo, ser a chave para a compreensão do elo perdido vítima-Estado²²⁹.

prospectivos. Neste sentido, ver em HÖRNLE, Tatjana. A Framework Theory of Punishment. *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law Working Paper N.º. 2021/01*. p.4.

²²⁷ VON LISZT, Franz. *Der zweckgedanke im Strafrecht in ZStW*, v. 3, 1883, p.1-47; p.126.

²²⁸ A *Framework Theory*, *op.cit.* p.14.

²²⁹ A evolução das práticas actuariais e a ascensão do modelo neoliberal, contudo, parece-nos os riscos atuais que emergem em função desta relativização do papel do Estado e das reorientações atuais entre esfera pública/esfera privada. Somente um diálogo entre juridificação penal e crítica criminológico-abolicionista pós-moderna poderia aclarar os pólos constitutivos da nossa problemática...?

Pode-se identificar com SAUTNER²³⁰ a demonstração da questão da formação do pensamento moderno e a implicação pressuposta sobre o papel da vítima – a ponto de resgatar qual o sentido da vítima para o moderno pensamento juridificante – ao percorrer mais do que a identificação da função da vítima no processo penal, mas propondo nortear a correta adequação da vítima ao atual estado do pensamento vitimológico. Neste sentido, demonstra a autora que houve no momento inicial da modernidade uma conexão entre as práticas penais medievais e o direito estatal. Contudo, este ocupara o papel assumido pela vítima até então, substituindo-lhe à medida que construía lentamente o modelo de reação à infração, preservando inicialmente, entretanto, os modelos de típicos de expiação «*Sühne*» dos feudos «*Fehde*»²³¹.

Deste modo, a vítima que possuía o caráter de centralidade na Idade Média sofreu um processo de deslocamento em função do moderno pensamento contratualista, de modo que já as primeiras legislações com dimensões criminais passavam a afastar a vítima em prol do desenvolvimento da ação estatal. Ora, o que se impõe enquanto Pressuposto aqui é a questão do surgimento da *ordem pública*, hábil a legitimar a intervenção do Estado a partir da edição de normas abstratas de caráter geral, ocupando o espaço outrora pertencente à vítima, em nome da punição do agente infrator²³².

Neste sentido, a legislação que constitui o esboço do primeiro código penal alemão sumarizara o incipiente processo inquisitório «*every authority shall exert all appropriate diligence to see that the criminal courts are ordered to the best, and that injustice be done to no one*»²³³.

Podemos verificar, em um rico diálogo com ANITUA²³⁴, embora com propósitos acentuadamente distintos, que em última instância o critério de deslocamento da vítima na Modernidade Penal é a pressuposição do saber jurídico enquanto a *alternativa* constitutiva ao problema – embora inevitável –, dos conflitos interpessoais. Com SAUTNER²³⁵, trata-se de uma verdadeira transição para a esfera do direito público criminal «*Übergang zu einem*

²³⁰ SAUTNER, Lyane. *Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten*. Innsbruck: StudienVerlag, 2010, p.37.

²³¹ Precisamente as páginas 38 e 39.

²³² A autora cita, neste sentido, a *Constitutio Criminalis Carolina*, 1532, bem como a *Constitutio Criminalis Theresiana*, 1768. *op.cit.* p.42.

²³³ Excertos da Legislação, embora em versão inglesa, podem ser consultados livremente em: <<https://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>>. Acesso em: 05 out. 2021.

²³⁴ *op.cit.* ver as subseções 1.3.1 e 1.3.1.2 desta dissertação sobre a Expressão da «formação do saber penal» e o «processo de racionalização» enquanto pressuposição do moderno saber penológico.

²³⁵ *op.cit.* p.40.

öffentliche Strafrecht». É por isso que o *Carolina*, supracitado, ressaltaria a necessidade da formação de cortes a partir de profissionais que haviam estudado ao Direito Imperial, para evitar-se injustiças – embora a partir do critério-*standard* daquilo que constitua *justiça* em cada momento histórico²³⁶. Podemos, ainda, antever que trata-se do processo de secularização do direito, dado que inicialmente a pena derivaria de um caráter sagrado, cujas raízes guardam sentido na equivalência crime-pecado. Assim, a expiação religiosa levava ao pecador à reconciliação consigo mesmo, de tal modo que a pena, inicialmente, *inebria-se* desta função²³⁷.

Seria o caso, portanto, de proceder-se a uma retomada do papel da vítima. Interessante observar que este processo é incitado, sobretudo, no momento em que o pensamento moderno parece sucumbir face às críticas pós-modernas. Ao invés de propor, por um lado, a pulverização do espaço público com medidas alternativas à própria jurisdição penal, o papel da análise criminológica comprometidamente voltada à categoria da Responsabilidade, por outro lado, é de dialogar com os pensamentos de ruptura. Enquanto pensamento criminológico, nosso papel deverá ser a reflexão – a partir das categorias construídas pelo pensamento moderno [Teoria da Pena] –, da retomada da vítima analisando-se o retorno ao debate ético enquanto zona de convergência entre os três polos da nossa problemática inaugural.

4.1.2.1.1 Fundamentação Ético-Jurídica: dos critérios da Preponderância e da Afetação

Apesar dos caracteres público, gerais e abstratos, as decisões estatais orientam-se tal qual as decisões humanas, de modo que o pensamento ético-normativo precede qualquer

²³⁶ Afinal, não constituiria a prova da historicidade do conceito de justiça que outrora autoridades públicas agissem *ex officio* podendo utilizar da tortura enquanto instrumento para alcançar precisamente *um* sentido de justiça?

²³⁷ Conforme WILLOWEIT expõe, as autoridades seculares ainda guardavam nas suas práticas os pressupostos das autoridades religiosas. Ver em WILLOWEIT, Dietmar. *Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße. Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit*, in HILGENDORF, Eric; WEITZEL, Jürgen (Org.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*. Berlin: 2007, p. 37-58. Ainda neste sentido, ver ainda a análise histórica da retribuição na primeira parte da obra e a consideração em favor da permanência da ideia da retribuição mesmo em um direito penal preventivo em SPYCHER, Daniel. *Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe. Von der Notwendigkeit des Vergeltungsgedankens in einem präventionsorientierten Strafrecht*. Berlin: Verlag, 2013, p.55. Assim, sobre a primeira parte o autor expõe que a evolução do saber penal coincide com seu processo de secularização, dado que a origem da culpa é teológica.

debate juridificante²³⁸. As decisões humanas são tomadas, neste sentido, a partir da fundamentação individual ou coletiva. Assim, as teorias da pena preventivas expressam – em termos ético-normativos –, a fundamentação de faculdade de decidir em prol da coletividade ou, ainda, instrumentalizando o réu a partir de um bem que possa ser socialmente aferido. Em se tratando da vítima, este sujeito passivo individual seria também instrumentalizado – embora de outra forma –, igualmente em prol da coletividade que viria a ser integrada pela tutela dos bens jurídicos.

O critério da preponderância que devemos propor é o da identificação de que as decisões são fundamentadas em prol do caráter amplo da sociedade – típico do pensamento moderno –, que entretanto é demasiadamente abstrato, desconsiderando a dimensão oposta: a da concreticidade da vítima real em cada caso (em que houver/quando houver). Assim, a presença da vítima deve ser hábil para realizar um deslocamento na referenciabilidade do fundamento.

Por outro lado, o critério da afetação «*Betroffenheit*»²³⁹ diz respeito à relação que há entre o ato punitivo propriamente dito e a consideração dos indivíduos relevantes do caso concreto.

4.1.2.1.2 A Fundamentação da Faculdade de Julgar pelo Coletivismo Normativo

Em termos ético-normativos, há dois caminhos possíveis para legitimar uma decisão, seja ela de cunho político ou jurídico. Ou segue-se pelo caminho da fundamentação da faculdade de julgar em nome do coletivo ou em nome dos próprios indivíduos afetados.

²³⁸ VON DER PFORDTEN, Dietmar. *Normative Ethik*. Berlin: De Gruyter, 2010, p.9. Deste modo, de acordo com o diagrama proposto na introdução da obra, da meta-ética extrai-se a ética propriamente dita e suas subdisciplinas. No caso, a dimensão jurídica «*Recht*» derivaria da «*Ethik Rechtse*», bem próxima da «*Ethik der Moral*». Em se tratando do conceito «*Begriff*» de ética, o autor remonta à Aristóteles, de modo a relacionar a doutrina da ética com o sentido de uma *praktischen Philosophie*. A relação entre Direito, enquanto uma Filosofia Prática, e o resgate da Ética Aristotélica, pode ser encontrada nas pressuposições do Jurisprudencialismo conimbricense. Neste sentido, ver LINHARES, José Manuel Aroso. *O Direito como mundo prático autónomo: "equivocos e possibilidades"*. Relatório de Segundo Ciclo em Filosofia do Direito. Coimbra, 2013. Ver, ainda, a convocação da *phronêsis* pela *praxis*, de modo que aquela sabedoria não é constituída nem pela ciência «*epistême*», nem pela arte «*techné*», com alusão ao Livro VI da Ética a Nicômaco de Aristóteles em CASTANHEIRA NEVES, António. *O "Jurisprudencialismo" – Proposta de uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito in* COELHO, Nuno M. M. Santos; SÁ DA SILVA, António. *Teoria do Direito. Direito Interrogado Hoje – O Jurisprudencialismo: uma resposta possível?* (Estudos em Homenagem ao Doutor António Castanheira Neves). Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p.43

²³⁹ Afetação ou *Betroffenheit* é a relação possível que há entre os sujeitos morais afetados por uma ação moralmente relevante e o ato punitivo estatal. Neste sentido, ver em *Normativ Ethik, op. cit.* p.25,

O Coletivismo normativo é, deste modo, o princípio por meio do qual as decisões jurídicas ou políticas podem vencer a barreira da justificabilidade, dado que ao final a legitimidade conferida pela escolha do critério resolutivo advém de uma coletividade abstrata que é superior aos indivíduos afetados por um conflito²⁴⁰. Incorre em dizer, por outro lado, que a faculdade de julgar não deriva dos indivíduos propriamente considerados, de modo que a coletividade torna um fim em si mesmo, ao passo que aqueles, o seu meio. Versões ainda mais fortes do critério do coletivismo podem ser identificadas em ordens politicamente orientadas²⁴¹.

Neste sentido, um primeiro equívoco possível por uma leitura rasa é o de identificar as teorias da pena relativas com a fundamentação ético-coletiva. A origem do possível equívoco reside no fato de que a legitimação da faculdade de julgar – politicamente através da edição das normas de caráter geral e abstrato, e juridicamente através da faculdade de realizar o julgamento judicativamente em um caso penal –, derivaria da proteção abstrata de bens jurídico-criminais. Por outro lado, aquelas de matriz especial-preventivas considerariam apenas o agente infrator mas novamente em nome da coletividade. Assim sendo, ao determinar que o dever de punir reside na prevenção ou integração, aquelas teorias da pena fazem supor que o coletivo está acima do individual. Não é esta, contudo, a interpretação de PFORDTEN²⁴², para quem a doutrina dos bens jurídicos reside (ou deve residir) no individualismo normativo, porque embora instrumentalizando o infrator, o interesse na proteção de bens jurídicos não está em preservar a ordem pública *per se*, mas por consideração *última* à dimensão do indivíduo que faz parte desta coexistência. Acrescenta o autor, entretanto, que em vez de centrar-se em bens jurídicos de difícil definição, o foco deve ser na ideia de que cada pessoa deve ser vista singularmente.

Ressalta-se, entretanto, que há críticas atuais direcionadas ao conceito de bem jurídico pelo seu caráter de (1) estreiteza e (2) amplitude. Mencionam-se estas críticas com intuito, por outro lado, de demonstrar que o bem jurídico está inserido no individualismo

²⁴⁰ Exemplos do que constituem a categoria do Coletivo seriam «*dem Staat, der Nation, dem Volk, der Bewegung, der Rasse, der Ethnie, der Gesellschaft, der Wirtschaft, der Sprach-, Rechts- oder Kulturgemeinschaft, der Nachbarschaft, des Funktionszusammenhangs etc. finden.*». Neste sentido, ver em VON DEN PFORDTEN, Dietmar. Normativer Individualismus und das Recht. *Juristen Zeitung*. n.22, nov., 2005, p.1069.

²⁴¹ Segundo o autor, seriam ideologias coletivistas «*Der Nationalsozialismus und der Kommunismus waren kollektivistische Ideologien*», *ibid.* p.1070

²⁴² *Ibid.* p.1076. «*Statt auf schwer definierbare Rechtsgüter abzustellen, soll der Gedanke in den Vordergrund gestellt werden, dass jeder Mensch als Person zu spektieren ist. Daraus ergeben sich dann bestimmte elementare Normen als "Minimalkonsens der Gesellschaft", deren strafrechtlicher Schutz gerechtfertigt ist*»

normativo, o qual considera como fundamento determinante o individual sobre o coletivo, no mesmo sentido da Teoria Pessoal do Bem Jurídico²⁴³, enquanto Filosofia *prática* do Direito Penal.

Na primeira crítica, tem-se que a definição jurídica de *bem* não é capaz de legitimar a proteção a determinadas *ideias e sentimentos* – como a memória aos mortos ou a crueldade contra animais –, bem como a incapacidade de integrar bens jurídicos coletivos – como a tutela do meio ambiente *per se*. Na segunda crítica, tem-se que a determinação de seu conteúdo material não seria suficiente para delimitar eficientemente o alcance da norma penal – como a recente problemática sobre qual o bem jurídico-penal tutelado em causa de eutanásia, sob pena de transformar o direito à vida em dever à vida²⁴⁴.

Destas críticas, devemos, contudo, pronunciarmo-nos que, de fato, o debate dogmático sobre o bem jurídico acaba por proceder à uma *ontologização* do bem, como forma – embora legítima – de distanciar-se de uma formal tutela de bens genéricos. O problema, acreditamos, da busca pela substancialização do bem jurídico, entretanto, reside em outro patamar distinto, que conforme NEUMANN²⁴⁵, a consequência poderá ser a de lançar o próprio bem jurídico contra os interesses daquele que deveria ser protegido.

É assim que entendemos, portanto, haver uma outra problemática, que é a da *predominância* de uma *unidimensionalidade* nas teorias preventivas da pena: a relação (a) Estado-agente. Evidenciamos haver, entretanto, o subdimensionamento de outras duas relações constitutivas do que chamamos *elo perdido da modernidade*: (b) agente-vítima; (c) Estado-vítima. Deste modo, se a consideração do indivíduo é já um pressuposto da teoria do bem jurídico²⁴⁶ por outro lado há a tendência em focalizar-se em apenas uma única relação dentre as possíveis, em decorrência de uma escolha da *afetação*, ou seja, da opção por evidenciar o coletivo na fundamentação do julgamento por ser aquele o principal *afetado* pela conduta delitiva.

4.1.2.1.3 A Fundamentação da Faculdade de Julgar pelo Individualismo Normativo

²⁴³ NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: Nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à Teoria Pessoal do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. v.116, set-out, 2015. p.97-99.

²⁴⁴ *Ibid.* p.102-104.

²⁴⁵ *Ibid.* p.105.

²⁴⁶ Entre aquele conflito entre estadista e coletivista de um lado e os modelos individualistas de outro, a teoria conforme desenvolvida por HASSEMER, está claramente orientada a partir do indivíduo. Neste sentido, ver em HASSEMER, Winfried. *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre in* HASSEMER, Winfried. *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p.160-170.

O Princípio ético do individualismo normativo não rejeita, nem muito menos ignora, o fato de que os indivíduos estão intimamente interligados em algum grau, maior ou menor, em comunidades, famílias, bairros, Estados, de tal modo que o reconhecimento da vida social não pode ser negado. A diferença, contudo, reside não na coexistência humana, mas na justificação normativa em matéria de questões possivelmente conflitantes. Em sociedades ocidentais complexificadas pela industrialização, dificilmente versões fortes do coletivismo podem ser atualmente consideradas, sobretudo devido à crescente individualização destas²⁴⁷.

Deste modo, o Individualismo Normativo concretiza-se no Direito Penal precisamente por meio da proteção dos bens jurídicos «In System des Strafrechts konkretisiert sich der normative Individualismus im Erfordernis des Rechtsgüterschutzes»²⁴⁸.

Ainda segundo PFORDTEN²⁴⁹ há três subprincípios do individualismo normativo. (1) *Individualprinzip*; (2) *Allprinzip*; (3) *Prinzip der Gleichberücksichtigung*. No primeiro caso, temos que apenas o indivíduo é o ponto de partida para qualquer tomada de decisão, rejeitando qualquer referência à entidades abstratas ou coletivas. No segundo caso, temos que todos os indivíduos afetados devem ser levados em consideração. No terceiro caso, temos ainda a adição de que todos os indivíduos afetados devem ser igualmente considerados, prescindindo-se de qualquer elemento religioso ou ontológico na consideração.

Sabemos, contudo, que a doutrina do bem jurídico diferencia os bens jurídicos individuais do universais. Muito embora em alguns casos seja mais suscetível de identificar²⁵⁰. Temos, assim, a expressão da responsabilidade criminal por ofensas em nome da proteção bens jurídicos de ordem individual. Assim, a justificação guarda sentido na proteção de interesses jurídicos *divisíveis*, ou seja, em interesses os quais são materialmente individualizados ou personalizados. A *personale Rechtsgutslehre*²⁵¹, segundo a qual todo

²⁴⁷ *Id.* p.1071.

²⁴⁸ *Ibid.* p.1075.

²⁴⁹ Normative Ethik... *op.cit.* p.23-24

²⁵⁰ PFORDTEN, 2005, *op.cit.* p.1076.

²⁵¹ GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, v.2, 2012, p. 66. O autor acrescenta, ainda, que há as versões radicais sustentadas por Tavares e por Zaffaroni. A versão moderada é sustentada por Hassemer. Discordando das críticas «ontológicas» de Hörnle, o autor postula que o problema dos bens jurídico-coletivos não é o da sua (in)existência mas o da sua (ir)relevância para fins de direito penal.

bem jurídico para ser legítimo tem de guardar uma *referência* ao indivíduo. Se isto é assim, então o ponto de convergência entre a teoria do bem jurídico e a dimensão do individualismo normativo é precisamente a *referência* à personalidade do indivíduo enquanto ponto de partida para a fundamentação.

Podemos concordar e defender, portanto, que (1) as teorias da prevenção e da proteção dos bens jurídicos guardam correlação com o individualismo normativo, embora (2) tenham dado ênfase a apenas uma relação das possíveis em decorrência da *preponderância* e da afetação que lhes vem pressupostas. Contudo, a presença da vítima não seria suficientemente distintiva para – embora não alterando nossos pressupostos teóricos [individualismo normativo e tutela de bens jurídicos] – influenciar a *resposta* penal? Conforme a citação acima, não há dúvidas de que a proteção da liberdade, vida, integridade física, honra e propriedade fazem parte *diretamente* de interesses jurídicos divisíveis das vítimas do caso concreto. Tal é a preocupação da vitimologia e de abolicionistas em devolver a *propriedade dos conflitos às vítimas*²⁵², como face da crítica criminológica ao ponto cego da teoria da pena de subdimensionar o papel da vítima.

Contudo, a tutela de bens jurídicos torna-se cada vez mais complexificada em sociedades industrializadas, de modo que a *referenciabilidade* à vítima no conflito pode ser inviável a depender de alguns critérios. É a situação dos bens jurídicos universais, por exemplo²⁵³. Especialmente aqui vemos como a continuidade teórica da Teoria da Pena começa a apresentar algumas fragilidades em termos ético-normativos, já que a referência ao universal precede a referência ao individual. São os casos em que a reivindicação da paz jurídica «*Rechtsfriedens*» parece ser o ponto de convergência da necessidade de tutela de valores minimamente consensuais da comunidade estatal. Mas são casos em que não há a figura da vítima concreta – a não ser o Estado –, de modo que o critério de afetação «*Betroffenheit*» é diferente. Quem efetivamente é afetado difere, nestes casos.

Parece-nos que a crítica abolicionista ao resgatar a vitimologia concedeu a ênfase ao papel da vítima e à importância do estabelecimento de uma *concreta* resolução do conflito, preenchendo o que a Teoria da Pena pareceu subdimensionar. Por outro lado, a necessidade ou a exigência pela tutela penal de uma ordem pública cujos bens jurídicos são indivisíveis – dando mostras de *um*, dentre outros, pontos cegos do próprio abolicionismo

²⁵² CHRISTIE, *op. cit.*

²⁵³ PFORDTEN, 2005, *op. cit.* p.1076.

penal – reivindica o papel de uma dogmática penal *radical* que, sobretudo, saiba discernir (1) a tutela formal da tutela material dos bens jurídico, bem como (2) compreenda o papel do *standard* de justiça enquanto exigibilidade deontológica, conforme veremos.

4.1.2.1.4 A Vítima na Teoria da Pena: ruptura teórica ou pluridimensionalidade?

A referenciabilidade à vítima no ato punitivo constitui a relação rejeitada pela modernidade penal, já que o Estado passou a assumir, por intermédio do saber jurídico-penal, o papel da tercialidade²⁵⁴. A inclusão da vítima continua, entretanto, a ser um tema delicado em matéria de Teoria da Pena. A referenciabilidade à vítima, entretanto, deve ser refletidamente incluída no debate.

Novamente com HÖRNLE²⁵⁵ tem-se, por um lado, a rejeição à abordagem subjetiva das decisões jurídicas, em que o papel das emoções das vítimas poderiam impactar negativamente na sentença. Por outro lado, considerações normativas devem definir o ponto de vista da vítima, de modo a objetivamente considerar o lugar da vítima como um vetor para aferir o grau de severidade da ofensa.

Isto significa, portanto, realizar um deslocamento no critério de *preponderância* acima destacado. Se a faculdade de julgar deriva do individualismo-normativo, de modo que todo bem jurídico-penal deve conter, minimamente²⁵⁶, referência direta ou indireta ao

²⁵⁴ Podemos antever que a Expressão jurídico-criminal desta tercialidade é precisamente o Princípio da Oficialidade da Promoção Processual, cujo Pressuposto é a emergência da ordem pública, dentro da qual está inserida o Processo Penal. Assim, Cláudia Cruz SANTOS argumenta que a crítica abolicionista de *expropriação dos delitos* esbarra na natureza pública dos delitos mais graves, de modo que o processo penal não tem o condão de resolver delitos privados. Assim, o pressuposto da existência da pena é a sua publicização, de modo que *conflito* deixa de ser *mero conflito privado* e passa a ser um *conflito público* apto a demandar a intervenção da *pública potestas*, o qual somente é exercido por uma autoridade competente. Ou seja, em contraposição à demanda da vítima há o Princípio da Oficialidade. Neste sentido v. SANTOS, Claudia Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança. Rupturas e Continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020, p.98-103.

²⁵⁵ Deste modo, a Autora contrapõe o modelo da *Victim Impact Statement (VIS)* com o *Normative Understanding of a victim's viewpoint*. Ver em HÖRNLE, Tatjana. *Distribution of Punishment: the Role of a Victim's Perspective*. *Buffalo Criminal Law Review*. v.3, n.1, 1999, p.176. Sobre o VIS, tem-se que a Declaração tem o papel de auxiliar ao juiz na cominação legal da pena «*Its effect, consequently, is to influence the judge as to the nature and/or duration of the penalty. If the defendant is sentenced to imprisonment, the judge's determination of the length of the sentence also determines the parole eligibility date and maximum duration of incarceration*». Neste último sentido, ver em HOFFMAN, Martha. *Victim Impact Statement*. *Western State University Law Review*, v.10, n.2, (Spring 1983), p. 223.

²⁵⁶ Neste sentido, conclui PFORDTEN, 2005, *op.cit.*, p.1077, que o direito penal alemão satisfaz os princípios normativo-individualistas na medida em que (1) protege bens jurídicos individuais; (2) os bens jurídicos universais possuem referência *indireta* aos indivíduos «*Universalrechtsgüter in der Regel nur dann schützt, wenn ihr Schutz sich wenigstens mittelbar auf individuelle Interessen zurückführen läßt*»; (3) quase não há mais delitos que servem a uma moralidade abstrata.

indivíduo – sob pena de ilegitimidade –, então em casos de delitos interpessoais deve haver a precedência do sujeito moral individualizante. Afinal de contas, em termos ético-normativos, há sempre uma precedência²⁵⁷ do individual perante o coletivo, posto que o individual possui um valor imanente, ao passo que o coletivo dependerá sempre da manifesta opção de seus membros em permanecer unidos ou em providenciar a sua dissolução.

Contudo, um primeiro ponto deve ser destacado já na tentativa de fazer preponderar o papel da vítima nos casos de delitos interpessoais. Afinal, a presença da vítima poderá influir na estrutura principiológica do processo penal...?

Se resgatarmos o papel da doutrina, tem-se com Germano MARQUES²⁵⁸ que o Processo Penal possui princípios: (1) inerentes à estruturação do processo, (2) relativos à promoção processual; (3) relativos à prossecução processual. Ora, dentre estes o segundo bloco de princípios pode ser supostamente afetado com a preponderância da vítima, já que o pelo Princípio da Oficialidade, o Estado tem o dever de intervir *ex officio* em todos os fatos puníveis. Incorre em dizer, em termos jurídico-processuais, que a *notitia criminis* dá abertura ao inquérito. A limitação legalmente prevista é a possibilidade da acusação particular²⁵⁹, quando o Ministério Público dependa de Queixa do ofendido para promoção da abertura do processo.

Contudo, conforme destaca SANTOS²⁶⁰, a possibilidade da conversão da vítima em sujeito processual na figura do Assistente, apenas incorre em dizer que os seus interesses concretos no processo são atendíveis apenas se coincidirem com os interesses coletivos na realização da justiça penal. Assim, não será através do processo penal que a vítima – assumindo a figura do assistente –, poderá exigir, necessariamente, uma tutela material, já que nem toda vítima pode constituir-se enquanto assistente, e mesmo quando poderá fazê-lo, assume um *status* inferior ao do Ministério Público e do arguido.

Pode-se evidenciar que a relação entre vítima e Teoria da Pena, entretanto, parece ter destaque maiormente em sistema jurídicos de *common law*, de modo que o debate na Europa Continental é demasiado restrito ao papel secundário da vítima. Em Portugal a

²⁵⁷ *ibid.* p.1079.

²⁵⁸ MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. 6ª ed. Vol.1. Verbo, 2010, p.86-91.

²⁵⁹ Ver art. 49 a 51 do Código de Processo Penal Português. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 29 ago. 2021.

²⁶⁰ SANTOS, 2020, *op. cit.* p.128-130.

problemática pode ser entendida por intermédio de VELOSO²⁶¹ e de Costa ANDRADE, os quais identificaram na época o recrudescimento da vítima dentro e fora do processo penal. Desta forma, Costa ANDRADE assegura que «a vitimologia veio pôr em causa o modelo tradicional que se bastava pela abstracção metafísica duma restauração da ordem jurídica, como condição suficiente da superação do conflito que se exprimia no crime»²⁶².

Deste modo, a vitimologia assume uma importante função de rememoração que, ao lado da relação entre sociedade e agente, o crime torna ambos responsáveis perante a vítima – o elo esquecido na modernidade penal. O Estado apenas tenta desonerar-se da sua quota de responsabilidade deixando à vítima a exígua eventual prerrogativa de *adesão* ao processo.

Ao que se pode concordar com aquele Autor, em que a humanização do direito penal será sempre inacabada enquanto se abandonar a vítima²⁶³. Tem-se, portanto, que o recrudescimento do instituto da Reparação possui tanto um sentido penal, quanto um sentido vitimológico. A sua concepção é no sentido de que responde tanto à punição do delincente quando às reivindicações da vítima. São dois sentidos autonomizados, entretanto, que não podem ser iguados.

Em sentido crítico, RODRIGUES entende que por mais que a reparação tenha efeitos de satisfação moral ou material da vítima perspectiva privada, são as exigências de ordem pública que devem ser satisfeitas, *i.e.*, o restabelecimento da *confiança* e da *paz jurídica* abaladas pelo crime e a *reabilitação* do autor do crime²⁶⁴. Seria o caso de uma «*dritte Spur*» terceira via ao lado das sanções penais e medidas de segurança, *i.e.*, a reparação por meio da mediação, a qual sustentaria um processo de desjudiciarização.

E, ainda com ANDRADE, ver-se-á as dificuldades em alimentar uma teoria com base na vítima entre a proibição do abandono da vítima e a exigência de não transformar a

²⁶¹ Discorre o autor acerca da «privatização crescente da justiça penal», asseverando que o princípio da *ultima ratio* não dispõe que a Justiça Penal deva ser subsidiária de uma «Justiça Privada». Assim, relembra que a privatização dos delitos é sempre um factor de «multivitimização», de modo que «a frequência das queixas varia naturalmente na razão inversa da probabilidade das represálias, e portanto de perigosidade dos delinquentes». Situação diversa, contudo, é a *reorientação vitimológica do sistema*. Neste sentido: VELOSO, José António. Pena Criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*. ano 59. Lisboa: 1999, 554-555.

²⁶² Costa ANDRADE, *op.cit.*, p.428-429.

²⁶³ *ibid.* p.430.

²⁶⁴ A perspectiva crítica de RODRIGUES deve ser levada em consideração por duas razões principais: (1) a Autora havia identificado – já em 2006 – a relação que expusemos ao final do primeiro capítulo entre o recrudescimento da lógica de acordo e as práticas actuariais; (2) a relação entre o esvaziamento da ordem pública e o movimento por satisfação da vítima. Neste sentido ver em RODRIGUES, 2006, *op.cit.* p.133.

vitimização num prêmio²⁶⁵. No fim, contudo, é lícito esperar que o Estado se disponha a rever o seu papel em decorrência da intervenção de uma nova personagem, a qual reclama o sentido e a força do *pathos* tradicional.

•

*Despertar do sono dogmático*²⁶⁶...

Se retomarmos o papel da vítima naquela relação que o agente e a sociedade têm perante aquela, dever-se-á pensar por intermédio das *Dimensões*: (a) vínculo relacional agente-vítima (satisfação material enquanto momento de tutela material); (b) vínculo prestativo Estado-vítima (assunção estatal da limitação prestativa); (c) vínculo responsabilizante Estado-agente (prerrogativa estatal de tutela penal). Ter-se-á três dimensões distintas, cujo pensamento juridificante moderno-penal apenas deu ênfase no terceiro. Não será já o caso de pensar a Pluridimensionalidade preponderantemente sobre a unidimensionalidade (?).

Conjugado ao problema supramencionado da ruptura da estrutura principiológica do processo penal, ter-se-á ainda dois pontos relembrados por GIACOMOLLI e SILVA SÁNCHEZ. Para o primeiro²⁶⁷, a inserção da vítima no polo ativo representaria um desequilíbrio processual em favor da acusação, bem como desvirtuaria todo o sistema acusatório, posto que ofenderia o princípio da paridade de armas e demais garantias processuais, posto que o *ius acusationis* seria compartilhado entre vítima e Estado.

Para o segundo, o crise do modelo social do Estado-Providência faz surgir a identificação da «maioria social» com a vítima do delito, de modo que afeta tanto o Direito Penal subjetivo, quanto o Direito Penal objetivo – *ius puniendi* e *ius poenale*, respectivamente –, posto que a espada do Estado contra o delinquente é interpretada enquanto espada da sociedade contra os poderosos, bem como no segundo caso, as leis

²⁶⁵ Costa ANDRADE, *op.cit.* p.443;447.

²⁶⁶ «I freely admit that the remembrance of David Hume was the very thing that many years ago first interrupted my dogmatic slumber and gave a completely different direction to my research in the field of speculative philosophy», KANT, Immanuel. “Prolegomena to Any Future Metaphysics”. Trad. Gary Hatfield. Cambridge University Press, 2004, p. 10. É famosa a citação acima na qual o Autor revela que apenas o empirismo humeniano foram capaz de fazê-lo despertar do dogmatismo cartesiano, o qual vinha pressupondo ideias inatas cuja comprovação empírica não era possível obter. É desta maneira que também sentimo-nos quando das análises empíricas efetuadas pela Criminologia ao desvendar as insuficiências dogmáticas.

²⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.86-87.

penais deixam de ser vistas enquanto garantias dos sujeitos perante a intervenção estatal e passam a ser vistas enquanto «*Magna Charta de la víctima*»²⁶⁸. A consequência, segundo o Autor, é outro indício de expansão do sistema penal.

O que se esboça, entretanto, não é a expansão punitiva do sistema, mas sim a expansão em termos de amplitude dimensional. Afinal de contas, erradicar ao máximo o cometimento de delitos é perigoso, pois incorreria em um direito penal securitário²⁶⁹, em uma sociedade do controle que almejaria o grau zero de riscos, o qual só seria possível – embora hipoteticamente –, a partir de uma doutrina da *zero tolerância*. Por outro lado, dada a impossibilidade lógica de erradicação da criminalidade, deve caber ao Estado um papel positivo de reforço perante a vítima, em virtude da sua limitada proteção, bem como deve-se proceder – sempre mediante o Estado, sob pena de uma intromissiva privatização neoliberal dos conflitos –, à busca de comunicação entre o sentido da pena e os interesses concretos da vítima, o qual só poderá sê-lo na relação com o agente infrator.

Pode-se identificar que no Brasil e na Alemanha a relação vítima-pena-agente começa a ganhar um destaque em termos teóricos. Neste sentido, GIAMBERARDINO²⁷⁰, resgata o papel da censura na pena criminal, demonstrando que a crítica filosófica da pena já aponta para a possibilidade da «censura não-punitiva» como parte do «processo civilizatório», bem como da necessidade de produção de uma ordem social cuja intenção não esteja na causação de sofrimento, de modo já a dialogar com a função *expressiva* da pena. Deste modo, estar-se-ia pressupondo a justiça enquanto «experiência», ao contrário do que seja uma entidade externa ou resultado de um rito canalizado pelo Estado.

Novamente em HÖRNLE²⁷¹, tem-se com as teorias expressivas da pena de que os legítimos interesses da vítima devem ter mais peso na «*Straftheorie*», já identificando que há casos em que esta dimensão *prepondera*, como nos casos de delitos sexuais e violência contra a integridade física, em que os objetivos orientados para a vítima têm mais importância.

O que leva-nos, ao adentrar a doutrina portuguesa, à reflexão se acaso primeiro vem o *universal* a partir da dogmática ou o *particular* em uma acentuada reflexão – que no

²⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2001, *op. cit.*, p.52-55.

²⁶⁹ FARIA COSTA, José. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 135, n.3934. Coimbra Editora: (set-out), 2005, p. 26-29.

²⁷⁰ p.109.

²⁷¹ HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 62-63

horizonte, levar-nos-ia à ética da alteridade de LEVINAS²⁷² ou à ética absoluta de DERRIDA²⁷³ –, já que uma *ênfase* pode ser dada ou ao *confisco do delito*, que deverá ser tratado coletivamente, ou uma *ênfase* deve ser dada ao infortúnio que ocorre numa relação intersubjetiva. Ora, novamente com SANTOS²⁷⁴, em um mesmo fenômeno *delituoso* coexistem dois *conflitos*, que ao fim e ao cabo remetem-nos ao problema do Direito e Desconstrução, sobre *como* equacionar dois polos irreduzíveis. Para a Autora, não há confisco do conflito, mas há uma *responsabilidade* do Estado em não mais perpetuar uma compreensão unilateral acerca daquele fenômeno, permitindo aos cidadãos mecanismos *metapenais* para a resolução do conflito particular que não cessa *unidirecionalmente* pela punição.

Concordamos neste último sentido com a Autora retromencionada. Contudo, adicionamos que um sentido ainda mais crítico deve ser enxergado no horizonte. Uma justiça criminal que tutele *materialmente* os bens jurídicos a partir da consideração *imediate* da vítima concreta, que, sabendo equacionar os polos antagônicos, é movida por um sentido expresso na exigibilidade de *standards* mais altos de *justeza*, o que não supõe, *necessariamente*, o resultado *prisão* – a levar-nos para o próximo ponto.

²⁷² Para LEVINAS a Ética precede a Ontologia. Isto porque o Saber significa a possibilidade de relação com o Outro, porém mediado pelo *logos*. O que precede esta relação é a Presença «espontânea» do Outro. A Filosofia Ocidental apenas reduziu o Outro ao Mesmo (de maneira totalizante). O face-a-face-, contudo, é uma relação irreduzível e por isso precede qualquer Teoria. Neste sentido v. LEVINAS, Emmanuel. *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*. Kluwer Academic, 1971, p.32-39; 78-80;

²⁷³ *Da Hospitalidade*, *op.cit.*, ver a relação entre Lei Incondicional da Alteridade e as leis político-jurídicas.

²⁷⁴ SANTOS, Claudia Cruz. Um Crime, Dois Conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.71, mar-abr, 2008, p.44-47.

4.2 Exigibilidade Material para Condenação à Pena Privativa de Liberdade [Expressão da Tutela Material]

O debate suscitado na subseção anterior faz-nos refletir sobre *standards* de justiça, sobretudo ao considerarmos a historicidade do sentido do direito e do sentido do justo. Uma das razões, contudo, que podem ser acrescentadas ao lado da contingência do direito, é a da normalidade da exceção. O vírus que assola este ainda incipiente século XXI faz-nos refletir sobre a realidade de nossas instituições sociais. Afinal, retoma-se aquele debate nas ciências sociais se acaso a qualidade de uma instituição é medida em situações de normalidade ou em situações de crise²⁷⁵.

Se por acaso a prisão tornou-se, a partir de um momento histórico, a pena por excelência e disto parte um sentido de justiça pela humanização das penas, por outro lado a banalização da sua utilização nas últimas décadas fez da expressão «crise permanente» um oxímoro²⁷⁶, ao passo que acrescentaríamos que fez da palavra «crise» apenas um eufemismo, por dissimular o patamar de *perplexidade* com que nos deparamos com a prisão no século XXI.

Isto leva à «Lição 1», segundo a qual «o tempo político e mediático condiciona o modo como a sociedade contemporânea se apercebe dos riscos que corre»²⁷⁷. Isto porque há certamente²⁷⁸ crises que são tão ou mais graves que a causada pela COVID-19, mas que passam despercebidas. Não ao acaso o *Inter-Agency Standing Committee*²⁷⁹ considerou o atual contexto pandêmico não só como suficiente para a determinação de medidas especiais às pessoas privadas de liberdade em razão de ordem judicial – em decorrência do alto risco

²⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. “A cruel pedagogia do vírus”. Coimbra: Almedina, , 2020, p.5

²⁷⁶ Etimologicamente, «crise» possui uma natureza de excepcionalidade, algo passageiro. Em seu sentido original, a crise é explicada por fatores que lhe deram causa. No sentido atual, é ela a explicação para outras causas, como no caso dos cortes de gastos públicos e degradação dos salários por conta da *crise* financeira. *Ibid.* p.5.

²⁷⁷ *ibid.* p.22

²⁷⁸ *ibid.* O Autor cita crises climáticas, ecológicas e ambientais, tais como a poluição atmosférica e o derretimento de gelo na Gronelândia.

²⁷⁹ A Organização Mundial da Saúde (*World Health Organization*) e o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*) formularam juntos o «*Interim Guidance*» enquanto orientações sobre a COVID-19 com foco nas pessoas privadas de liberdade. As orientações foram endossadas em março de 2020 pela mais alta instância de coordenação humanitária das Nações Unidas, o *Inter-Agency Standing Committee*. As orientações podem ser consultadas em https://interagencystandingcommittee.org/system/files/2020-11/IASC%20Interim%20Guidance%20on%20COVID-19%20-%20Focus%20on%20Persons%20Deprived%20of%20Their%20Liberty_0.pdf. Acesso em 02 out. 2021.

de infecção pelo SARS-CoV-2 –, mas também como oportunidade para (1) a redução do uso de detenção migratória «*immigration detention*» e como (2) abertura para o envolvimento da polícia e judiciário sobre os riscos relacionados à prisão preventiva «*pre-trial detention*», de modo a incentivar a adoção de medidas não custodiais objetivadas já em 1990 nas *Regras de Tóquio*²⁸⁰.

Dentre os fundamentos das Regras²⁸¹ está a promoção de um maior envolvimento da comunidade no gerenciamento da justiça criminal, especialmente no que toca ao tratamento dos infratores e à construção de uma responsabilidade dentro da sociedade, ao contrário da exclusão promovida pelas celas. Dentre as medidas alternativas incluídas nas Regras, estão (a) admoestação verbal; (b) *conditional discharge* ou próximo à suspensão condicional da pena no Brasil; (c) *status penalties* como penalidades administrativas; (d) sanções monetárias como as multas; (e) confisco ou expropriação; (f) restituição ou compensação; (g) *deferred sentence*; (h) *probation* ou suspensão condicional do processo no Brasil; (i) serviço comunitário e, por último, (j) prisão domiciliar, podendo haver combinações dentre as medidas listadas.

O contexto pandêmico, portanto, teria vindo, seja como pedagogia, seja como oportunidade – da qual certamente nunca nos esqueceremos –, a mostrar o estágio em que nos encontramos e quão frágeis são nossas instituições. Certamente a situação é abissal entre os dois lados do Atlântico, porém não seria equivocado afirmar que a fragilidade está intrinsecamente ligada à prisão *per se*, ao que o contexto atual apenas reforça tal característica. Sabemos, entretanto, que prescindir da *ideia* da privação da esfera da liberdade não é tarefa possível na coexistência humana – aparentemente nos últimos milênios assim o tem sido –, dado que em algum grau maior ou menor ocorrerá alguma restrição à liberdade humana. A questão, por outro lado, em termos de exigibilidade metaética, será (1) o quão somos capazes de coexistir afetando o mínimo possível a liberdade de ir e vir enquanto resposta por excelência; (2) o quão materialmente tutelados são os bens jurídicos e os direitos subjetivos que uma dada comunidade advoga para si enquanto fundamentais.

²⁸⁰ *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rule)*, adotadas pela Assembleia Geral pela resolução 45/110 em dezembro de 1990. O documento pode ser consultado em: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/tokyorules.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

²⁸¹ *Ibid.*

Assim, medidas de prevenção ao contágio foram determinadas. No Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos – em cuja jurisdição da Corte está a «região mais desigual do planeta», «caracterizada por altos índices de violência generalizada, especialmente a violência por razões de gênero, raça ou etnia», na qual prevalece, ainda, «graves crises penitenciárias» e «discriminação estrutural contra grupos em situação de especial vulnerabilidade» –, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de que faz parte, aprovou, no exercício das funções que lhe são conferidas pela Carta da Organização dos Estados Americanos²⁸² e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁸³, em abril de 2020, a Resolução n.º1²⁸⁴, a qual dispõe, inclusive, sobre recomendações aos Estados membros de procederem à avaliação de benefícios carcerários e medidas alternativas à pena de prisão, em caso de pessoas em situação de risco.

No Brasil, entretanto, o Conselho Nacional de Justiça emitira a Recomendação n.º 62²⁸⁵ já em março, adiantando-se em um mês em relação à Comissão. O objetivo fora traçar recomendações de prevenções à propagação da infecção pela COVID-19 em ambos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

O conteúdo da Recomendação, para os fins desta dissertação, divide-se em três dimensões: (1) quanto à execução de medidas socioeducativas, em que (1.a) procede-se à reavaliação das medidas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medidas em meio aberto, (1.b) bem como à priorização destas medidas em oposição à internação provisória e, ainda, (1.c) a reavaliação das decisões que aplicaram a internação prevista no art. 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente; (2) quanto à fase de conhecimento criminal, em que procede-se à (2.a) reavaliação das prisões provisórias (2.b) e prioriza-se a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva; (3) quanto à execução criminal, em que (3.a) se consideram a colocação em prisão domiciliar em caso de diagnóstico suspeito ou confirmado de infecção por COVID-19 e (3.b) concessão de prisão domiciliar em relação aos presos em regime aberto e semiaberto.

²⁸² Ver ao art. 106 da Carta. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp. Acesso em 02 out. 2021.

²⁸³ Ver ao art. 41.b da Convenção. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 02 out. 2021.

²⁸⁴ Ver especialmente a página 14. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 02 out.2021.

²⁸⁵ Ver aos artigos 4º e 5º. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 02 out. 2021.

A Recomendação n.º 78²⁸⁶ de setembro do mesmo ano, contudo, veio a trazer limitações *necessárias* quanto às medidas anteriores, retirando do escopo daquelas as pessoas condenadas por crimes de organização criminosa, lavagem ou branqueamento de capitais, todos aqueles contra a administração pública, aqueles considerados hediondos e os crimes de violência doméstica contra a mulher.

Neste sentido, indispensável a menção à análise de OLIVEIRA²⁸⁷ que conclui por uma «lamentável» e «baixíssima» adesão do judiciário às Recomendações propostas pelo Conselho, demonstrando a resistência da magistratura brasileira em interceder por alternativas à pena de prisão, embora trate-se de um contexto globalmente ameaçado e, por isso mesmo, favorável à interdependência.

Pode-se evidenciar o crescimento do contágio da COVID-19 dentro do sistema prisional brasileiro, contudo. No Monitoramento realizado pelo Conselho tem-se que a 15 de junho de 2020 haviam 5.754 casos confirmados, dos quais 54,72%²⁸⁸ correspondiam aos servidores infectados. Havia nesta data 95 óbitos registrados, o que correspondia a um aumento de 100% em relação aos últimos 30 dias. No boletim emitido a 6 de outubro já de 2021, o aumento no número de óbitos no espaço de 30 dias era consideravelmente menor, de apenas 1,6%, mas a quantidade absoluta de registros já era de 580 óbitos, ao passo que a quantidade total de infectados era de 91.964 confirmados, dos quais 72,40%²⁸⁹ correspondiam às pessoas presas.

Se retomássemos a nossa indagação metaética pela capacidade de um povo em conseguir coexistir restringindo o mínimo possível as liberdades individuais, somando-se a isto a necessidade contextualmente favorável pelo desencarceramento, poderíamos razoavelmente supor, de uma certa forma, que enquanto projeto cultural estamos falhando diariamente.

²⁸⁶ Incluiu o art. 5-A na Recomendação n.º62. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480recomendação 78](https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480recomendação%2078). Acesso em 02 out. 2021.

²⁸⁷ OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. “A Pandemia da COVID-19 no Cárcere – Impactos e Intervenções Democráticas Esperadas *in* GIACOMOLLI, Nereu José. “Ciências Criminais e COVID-19”. São Paulo: Tirant Loblanch, 2020. p.52.

²⁸⁸ Calculamos esta porcentagem a partir da relação entre 3.149 servidores contaminados e o número total de casos. Dados disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-6.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

²⁸⁹ Calculamos esta porcentagem a partir da relação entre 66.586 pessoas presas contaminadas e o número total de casos. Dados Disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-2021-info-06-10-21.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

4.2.1 A Tese da Exequibilidade Humanitária [E] no contexto de *perplexidade/Perplexidade* da Prisão-de-Lata: o Pressuposto [P] da Inexorabilidade da Prisão [*Ponto cego* β]

O Direito, enquanto alternativa possível, deve ser capaz de responder a esta falha. Surge, contudo, novamente a Perplexidade dos muitos caminhos possíveis. Demonstraremos, assim, ao menos dois possíveis: (1) Exequibilidade Humanitária e (2) *numerus clausus*.

•

Ao que parece, o ano de 2020 conseguiu concentrar, isoladamente, o desvelamento das crises das instituições modernas, habilitando novas críticas ou reabilitando antigas. Neste sentido, SILVA FILHO²⁹⁰, equipara este momento de «suspensão» aos dois estados de ânimos centrais no pensamento heideggeriano: o tédio e a angústia. Isto porque o projeto moderno está amparado por um «princípio de ocultamento», a partir do qual enxerga-se apenas os *entes* e as representações adotadas na vida cotidiana, deixando-se para trás os seus fundamentos, a busca pelo *ser*. A experiência do tédio vem quando o ser-entediado depara-se com um mundo sem utilidade, experimentando o mundo sem sentido. Isto abre a possibilidade para a responsabilidade diante da própria vida. Neste sentido, a própria – e necessária –, privação da liberdade em razão do confinamento teria levado as pessoas à experiência da angústia.

O momento de «suspensão» ou de verdadeiro *suspense* traria, ainda neste mesmo sentido, a identificação da inércia de 500 anos de modernidade e da situação aparente de normalidade institucional. O atual momento de globalização, contudo, interpela-nos para a transição a uma sociedade global solidária, evocando a inacabada tarefa iniciada no século passado. Esta transição requer uma transição política de regimes autoritários para regimes *materialmente* democráticos²⁹¹.

Assim sendo, em sede de Direito Penal reivindica-se a tese da Exequibilidade Humanitária do Encarceramento. A emergência desta tese surge num contexto de ultimato ao Estado Democrático de Direito, enquanto única saída jurídico-democraticamente

²⁹⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *A oportunidade e o Abismo – deslocamentos criminológicos em tempos de pandemia* in GIACOMOLLI, Nereu José. *Ciências Criminais e COVID-19*. São Paulo: Tirant LoBlanch, 2020, p.25-26.

²⁹¹ *Ibid.* p.33-34.

fundamentada, a qual possa dar ainda sustento e legitimidade às instituições penais. Entendemos que o Pressuposto [P] desta tese é o descompasso entre os sistemas de compreensão²⁹² e a diferença entre o estudo da pena em sentido normativo e empírico. Aqui, prescindimos da caracterização empírica da realidade prisional brasileira²⁹³, demonstrando, por outro lado, que apenas o aspecto normativo já exalta tamanho descompasso.

Conforme fundamenta OLIVEIRA²⁹⁴, os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade são afetados de quatro formas distintas, a saber: (1) direitos fundamentais suprimidos, (2) direitos fundamentais ativados, (3) direitos fundamentais restringidos e (4) direitos fundamentais mantidos a pleno durante o estado de privação. Este é o sólido material normativo por meio do qual aplica-se a punição, bem como fundamenta-a. No primeiro caso (1.a) tem-se a supressão da liberdade de locomoção e dos direitos civis e políticos; (2.a) no segundo caso tem-se, por outro lado, a ativação do direito à intrascendência da pena, à humanidade das penas, à ressocialização e à individualização; (3.c) há, ainda, restrições aos direitos à intimidade, privacidade, honra, imagem e liberdade de expressão; (4.d) enquanto, por outro lado, há direitos que não são tangenciados pela punição, como o direito à igualdade, à liberdade de crença, à herança, à propriedade intelectual e à livre convicção filosófica.

Alcançar este patamar, talvez, deva ser a *utopia-guião* jurídica à qual nos caiba lutar neste, ainda, incipiente século XXI. A promessa não concretizada no século antecedente. Talvez a própria remissão do Estado de Direito perante toda fisionomia assumida pelo Direito Penal em tempos passados de tantas prisões arbitrárias. Contudo, ao

²⁹² Conforme enunciamos no início deste trabalho. Neste sentido, ver CARVALHO, 2013, *op. cit.* p.145.

²⁹³ A situação carcerária do Brasil é vastamente conhecida. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, em 31 de Dezembro de 2020 o Brasil fechou aquele ano com um *déficit* de 213.298 vagas ou fazendo as contas aproximadamente uma taxa de superlotação de 147%. Sobre os número absolutos os dados estão disponíveis em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Por outro lado, em Portugal haviam 11.412 reclusos em seus estabelecimentos prisionais em 2020, com uma queda desde 2015 no número total de reclusos, após uma época de aumento entre 2008-2015, de modo que em 2015 haviam 14.222 reclusos e, portanto, acima da lotação máxima que era de 12.591, e portanto com uma superlotação de 112,95%. Já em 2020, a quantidade de reclusos era menor que a lotação máxima suportada pelo sistema. Dados de

2020 disponíveis em https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2020/q03-2020.pdf?ver=c4CL485t87QZMQAJ_zegSQ%3d%3d e dados de 2015 disponíveis em https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2015/2016060210060903lot_recl-31122015.pdf?ver=2018-12-14-100403-303. Acesso em: 03 out. 2021.

Calculamos a taxa de superlotação em todos os casos a partir da razão entre n°. total de reclusos e n°. de lotação e multiplicamos por 100.

²⁹⁴ SILVA FILHO, *op.cit.* p.57.

retomarmos a DERRIDA²⁹⁵, a justiça *re-vigora* o direito – dá-lhe nova vigência –, reanimando-o a tomar uma resposta, a qual é sempre urgente, posto que a justiça não espera.

Assim, a Tese em questão encontra reciprocamente um amparo nas nossas investigações dentro desta dissertação. O Estado de Direito só poderá sê-lo *materialmente*, sob pena de realmente legitimar-se a sua total abolição.

Neste sentido, analisa corretamente OLIVEIRA a verificação *unidimensionalmente* formal que consubstancializa a ordem de prisão. A existência da *correção* da ordem limita-se à correspondência formal ao «documento»²⁹⁶. Em outras palavras, quando uma pessoa é condenada a ser recolhida, seja para início da execução de uma pena privativa de liberdade ou medida socioeducativa, ou ainda medida de segurança ou prisão processual – como o flagrante, a preventiva e a temporária –, a condição de possibilidade para a efetivação *real* do encarceramento limita-se, contudo, a um *exame de correspondência* da ordem judicial, ou seja, da identificação da natureza do documento, se trata-se de um auto de prisão em flagrante ou de mandado de prisão ou outro equivalente. É uma análise estritamente burocrática.

A atitude de concretização, *jurídico-materialmente* fundamentada, requer, entretanto, a defesa de uma postura: ser contra o Pressuposto da inexorabilidade do encarceramento. Eis que deriva uma Expressão [E] que possa, talvez, reatar – por fim – o divórcio efetuado entre os saberes normativos e empíricos. Isto porque a concreticidade é exigência jurídica, cuja observação é feita empiricamente. Continuar a condenar a pessoas a serem tolhidas de sua integridade física, do acesso à bens básicos e à saúde, seja por déficit de vagas, seja por ausência de estrutura minimamente digna, seja – sobretudo – pelo risco de infectar-se ou infectar a outrem em decorrência de uma pandemia –, significa a imposição de um *exercício de violência não autorizado*, incorrendo em uma condenação *extra*²⁹⁷ ao sujeito-pessoa em virtude de uma heterônima responsabilidade – que ao final deve assumir

²⁹⁵ Força de Lei, *op. cit.*

²⁹⁶ *op. cit.* p.58.

²⁹⁷ Acaso seria a racionalidade processual compatível com os sofrimentos adicionais? Esta indagação é muito mais complexa que as análises unilateralmente jurídicas, históricas e criminológicas. Em um sentido moderno, tem-se que a racionalização constrói a realidade a partir da comunicação da linguagem, que no caso do processo penal corresponderia aos critérios de secularização, individualização e humanização. Em um sentido crítico à modernidade, esta linguagem apenas oculta o caráter violento da civilização moderna. Entendemos que ou o direito penal autolimita-se materialmente ou ele perderá sua legitimidade. Neste sentido, ver BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Processo e Catástrofe: a racionalidade do Processo Penal Moderno a partir da Filosofia da História de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 24, v.125, São Paulo, nov., 2016, p.264-265.

o Estado –, indevidamente suportada pelo recluso, que ao fim e ao cabo será marcado por uma dupla violação, *i.e.*, como sujeito de direitos e como pessoa²⁹⁸.

Para SILVA FILHO²⁹⁹, especificamente, trata-se de uma «condição material de possibilidade» ou de «conceito-síntese» referente ao bloco de fundamentalidade daqueles direitos do recluso a serem (1) suprimidos, (2) ativados, (3) restringidos ou (4) mantidos, perante os quais o Estado assume o papel de Garante, ao passo que o recluso assume o estado de sujeição, posto que totalmente dependente daquele.

A *juridicidade* desta Tese, contudo, poderá ser determinada, segundo o Autor, a partir dos critérios da (1) justiciabilidade e da (2) proporcionalidade. Deste modo, faremos, inicialmente, considerações a partir de jurisprudências construídas em solo latino-americano e, posteriormente, construídas em solo estadunidense. Uma última nota, todavia, deve ser feita a partir de SILVA FILHO, quem reivindica a ausência de risco de qualquer ativismo judicial³⁰⁰. Devemos, assim, comprovar esta reivindicação.

4.2.1.1 A *Responsabilização* do Estado-Garante pelo incumprimento da tutela material ao bloco da Fundamentalidade de Direitos do recluso: análise jurisprudencial nos ordenamentos da República do Peru e da República da Colômbia

Não obstante a justiciabilidade dever passar por um critério de natureza normativa, a concreticidade *material* dos direitos intenciona a operação do Direito em suas fronteiras entre *norma e fatos*³⁰¹. Isto porque o Estado de Direito contemporâneo não admite a abstração jurídico-formal, posto que o direito não reside integralmente na *regra* ou no *sistema*. Negar isso é voltar ao paradigma do positivismo. Confirmar isso, é interpelar o

²⁹⁸ A *pessoa* é o pressuposto do *sujeito de direito*. Sem diluir, contudo, as fronteiras entre os espaços da eticidade – intersubjetividade –, e da juridicidade – subjetividade –, aquele Pressuposto faz da compreensão da subjetividade jurídica do reconhecimento da *dignidade da pessoa* o seu pressuposto último.

²⁹⁹ *op. cit.* p.60.

³⁰⁰ *Op.cit.* p.60-61.

³⁰¹ O Direito é irredutível, posto ser em essência uma intenção *axiológico-normativa*, projecção em ato. Daí a distinção «objetiva» entre direito e facto não é o correspondente atual da juridicidade. Ver em CASTANHEIRA NEVES. Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica). V. I (a crise). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p.906-921. Ver, ainda a consideração crítica a qual avalia que a ideia de rigorosa separação «*Trennungsdenken*» entre factos *Sein* e as normas *Sollen*, provinda da teoria jurídica do século passado, continua a formar o núcleo da ideologia espontânea dos juristas. Deste modo, ver em HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Publicações Europa-América, 1997, p.16.

Estado para que não opere a não ser materialmente. Portanto, a Expressão jurídico-criminal que se defende cá passa pela breve consideração ao *Estado de Coisas*.

Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou a República do Perú³⁰² à indenização justa e compensatória e ao reembolso de gastos às famílias de três vítimas, estas as quais tiveram seu direito fundamental à vida totalmente violado durante a privação de liberdade em razão de cumprimento de pena, bem como o direito constitucional ao *habeas corpus* foi violado por aquele Estado.

Entretanto, o percurso da jurisprudência quando trata-se de sistema prisional é, no mínimo, interessante, pois vai além da responsabilização do Estado-Garante.

Assim, em 1997 a Corte Constitucional colombiana (CCC) já havia adiantado-se na *Sentencia de Unificación*³⁰³ n.º 559 acerca do tratamento de um estado de coisas contrário à Constituição Política. Embora trate-se de um *case* extracriminal, o conteúdo jurídico sobressai-se pela importância da categoria revelada. Assim, os autores afirmaram que os municípios de María la Baja e de Zambrano não procederam ao dever constitucional previsto no art. 5º da Carta Magna, o qual prevê a inclusão dos docentes ao Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério, o qual permite-lhes aceder aos serviços públicos de saúde. A Corte considerara as alegações como provadas em instrução. Ficara comprovado que aos docentes daqueles municípios se lhes deduziam 5% da sua remuneração básica que seriam destinados ao Fundo Nacional, dentro do qual, entretanto, não estavam inseridos por omissão administrativa. Do contrário, constataria-se que o dinheiro retido pelo ente estatal era utilizado paralelamente para atender às necessidades médicas dos mesmos educadores, o que significava, na *prática*, a construção de um sistema de saúde pela própria administração municipal. A decisão, assim, vai além da consideração relativa ao cometimento de um delito, bem como relativa à violação ao princípio da igualdade, declarando, em adição, a existência de uma circunstância de «*lesión iusfundamental*».

A Corte realizou, neste sentido, mais que uma declaração, estabelecendo a «doutrina do estado de coisas inconstitucional (ECI)»³⁰⁴. Isto porque a violação massiva a

³⁰² A *Sentencia* de 19 de janeiro de 1995 dá termo ao caso *Neira Alegría y otros vs Perú*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Acesso em: 06 out. 2021.

³⁰³ Discutiui-se neste caso a questão da «*distribución del situado fiscal en materia educativa*» e o dever constitucional de filiação. Pode ser consultada em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 06 out. 2021.

³⁰⁴ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. “Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de ilegalidade Difusa”. *Revista Direito & Práxis*. v.9, n.1, 2018, p.482.

direitos fundamentais, neste *estado*, não pode ser explicada por faltas cometidas exclusivamente por um agente estatal, mas apenas pelo (1) resultado de falhas estruturais, (2) arbitrariedades cometidas pelo Estado, (3) «deficiência» institucional generalizada, de modo que o órgão jurisdicional se outorgou ao dever de «colaboração harmônica» com os restantes órgãos do Estado para consecução de seus fins.

Em 1998, por meio da *Sentencia-T*³⁰⁵ n.º153, coube novamente à CCC a análise das condições e consequências do «*hacinamiento carcelario*» – cujo fenômeno não é restrito a este país. Assim, a Corte assume que os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação e graves deficiências em matéria de serviços públicos e total carência de oportunidades para a ressocialização, em uma situação que se ajusta plenamente à definição do ECI. O reconhecimento desta situação e da omissão dos poderes públicos, até então, é revelada a partir de causas explicativas naquele país, *i.e.*, o crescimento demográfico e criminógeno, crise socioeconômica, de cultura e de valores da sociedade, centros carcerários com alto grau de envelhecimento ou desenhos antifuncionais, concentração da superlotação em cárceres preventivas e expedição de «legislações repressoras». Ressalta, ainda, o incremento do número de pessoas detidas preventivamente, fato explicado parcialmente pela proibição normativa de concessão de liberdade provisória a um amplo espectro de delitos. A *Sentencia* contém, ainda, a indicação de que a formação profissional dos aplicadores da lei levam-lhes a manejar conceitos obsoletos sobre a periculosidade penal, bem como sobre a determinação da personalidade do recluso, levando a uma mínima aplicação de «*subrogados penales*»³⁰⁶.

Acerca das consequências, a CCC firma o entendimento de que o *estado* em que se encontram as cárceres do país impedem o efetivo cumprimento dos objetivos normativos do sistema penitenciário, fixados no art. 10 da lei 65 de 1993, dentre os quais consegue-se evidenciar a Expressão das teorias preventivas da pena, nomeadamente a prevenção especial positiva – em decorrência da menção à ressocialização mediante o trabalho, estudo e disciplina.

³⁰⁵ Trata-se de estabelecer se as condições em que se encontram albergados os reclusos dos presídios «*Cárcel Nacional Modelo*» em Bogotá e a «*Cárcel distrital de Bellavista*» em Medellín, constituem vulneração aos direitos fundamentais dos internos e, caso afirmativo, se a ação de tutela é procedente para demandar um remédio. Pode ser consultada em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 06 out. 2021.

³⁰⁶ Ver ao ponto 24 da *Sentencia*, *op. cit.*

Foi somente em 2004, contudo, com a *Sentencia-T*³⁰⁷ n°.025 – após já ter declarado outras sete vezes o ECI –, que a CCC delimitou os requisitos pelos quais seriam possíveis a qualificação jurídica desse *estado*. De maneira sistemática, ordenamo-os em: (I) ocorrência de vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais (II) que afeta um número significativo de pessoas, em decorrência da (III) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia de direitos, ao adotarem (IV) práticas inconstitucionais de incorporação de «*acción de tutela*» como parte do procedimento de garantia dos direitos violados, procedendo a (V) não expedições de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias «*presupuestales*» necessárias para evitar tais vulnerações, de modo que (VI) a existência deste problema social requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, bem como (VII) exige um esforço orçamentário adicional importante, pois caso contrário (VIII) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema acionarem a «*acción de tutela*», produzir-se-ia uma maior congestão judicial.

4.2.1.1.1 Apreciação Crítica sumária à categoria *Estado de Coisas Inconstitucional* (ECI)

Uma apreciação crítica deve ser realizada, embora sumariamente³⁰⁸, acerca da própria juridicidade desta categoria construída jurisprudencialmente, que não tem por finalidade a declaração de inconstitucionalidade de uma *norma* – seja lei, seja ato administrativo –, mas de *feitos*. Temos, deste modo, um problema que vai até aos confins do direito, que nesta específica problemática das prisões interpela as ciências destinadas ao estudo do crime, das ciências empíricas às ciências normativas. Assim, um primeiro equívoco é a interpretação de que os fatos constatados são produto unicamente da política e restritamente explicados pela análise histórica, não obstante a essencialidade de ambas

³⁰⁷ Já este caso tratou da situação da população forçosa e internamente deslocada no território colombiano – em decorrência de conflito armado, violência generalizada e violações massivas a Direitos Humanos –, a qual não consegue ter acesso nem ao retorno, nem ao reassentamento, bem como não consegue ter acesso aos programas públicos destinados à satisfação das necessidades básicas. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 07 out. 2021.

³⁰⁸ Nosso propósito não é analisar os pressupostos da *doutrina* do ECI, mas os da Tese da Exequibilidade Humanitária. Porém, sentimo-nos na obrigação de tecer algumas considerações breves, sobretudo porque pode haver uma interligação entre ambas, apesar de não serem idênticas. Uma das principais diferenças é acerca da interferência do Judiciário no Executivo, no caso da ECI, e a não interferência no caso da TEH.

perspectivas. Neste sentido, a reflexão sobre a *origem* do problema deve ser feita de maneira conjugada com o próprio direito.

Para DE GIORGI e VASCONCELOS trata-se de uma questão jurídica antes mesmo de ser uma questão política. Isto porque o que se demonstra enquanto um *estado inconstitucional* é, na verdade, a generalização de uma *ilegalidade difusa*. Ou seja, pode-se entender o estado alcançado a partir de sucessivas ilegalidades, pelas quais convoca-se o sentido do direito. Como bem relembra os Autores, ignorar a dimensão jurídica neste caso incorre na adoção de uma estratégia argumentativa, em que promove-se o deslocamento da competência para o tratamento do problema.

Ora, isto é importante de ser destacado. Aqui, especialmente, entendemos no sentido da *partilha de responsabilidade*, a qual deve ser entendida sob dois aspectos: (a) entre os saberes teóricos; (b) entre as práticas institucionais. No primeiro aspecto temos que a política e a história são dimensões cruciais para entender o papel que as prisões desempenharam, sobretudo em solo norte/sulamericano. Contudo, a análise exige a convocação do elemento jurídico. Assim, entender a superlotação e a violência no interior do cárcere requer a observação das próprias instâncias judiciais enquanto propulsoras das violações. Significa, então – o segundo aspecto –, um afastamento à interpretação de que a província do Judiciário deva atuar pelo Direito em função das omissões do Poder Legislativo e da Administração Pública. Do contrário, o Judiciário é *corresponsável*, devendo a responsabilidade ser partilhada.

Neste sentido, VASCONCELOS³⁰⁹ intitula o deslocamento de responsabilidade do Judiciário à Administração Pública, enquanto «auto-isenção», a qual promove discricionariedade ao não reconhecer as causas sob seu próprio domínio. Por outro lado, discordamos com o autor no sentido de que este atribui somente ao direito as causas da ilegalidade difusa. Na nossa interpretação, a responsabilidade é *polibásica*, sendo transversal a distintos terrenos, ultrapassando o subsistema jurídico, interpelando a História e outros subsistemas, como o econômico e o político. Ao fim, não caberá ao Judiciário ser protagonista da *Reforma Penitenciária* ou o *regulador social*. Entretanto, tais reformas deverão passar pela instância judicial.

³⁰⁹ VASCONCELOS, Diego de Paiva. “A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): Estrutura da Decisão e os limites funcionais do Direito. *Conpedi Law Review*. v.3, n.2, jul/dez., Braga, 2017.

4.2.1.2 O Ordenamento Jurídico brasileiro e a Justiciabilidade do critério de Exigibilidade da dimensão material da Execução da Pena [E]

Centrando-nos agora no ordenamento jurídico brasileiro, devemos passar à consideração jurídica em torno da equação metodológica [P] → [E] que, neste caso, interpõe o Pressuposto da problemática da inexorabilidade da prisão [P] e a Expressão jurídico-criminal da exigibilidade das condições materiais de sua execução [E].

Prosseguindo, devemos mencionar, ainda, a orientação jurisprudencial deste país em torno do ECI. Neste sentido, consta no §189 da Petição Inicial³¹⁰ que o «princípio da humanidade» não se limita a proibir a abstrata aplicação de penas cruéis, mas proíbe também a concreta execução de penas cruéis embora legais. Assim, a determinabilidade da pena deve incluir não somente o contorno abstrato previsto em lei, mas o contexto de sua execução. Prossegue, ainda, no §193, que o imperativo constitucional de não submissão a tratamentos degradantes deve levar à absoluta preferência por sanções alternativas à prisão.

A Inicial foi instruída, ainda, com o Parecer de TAVARES³¹¹, o qual, ressaltando o *déficit* de racionalidade da proposta de ressocialização via pena de prisão – considerada a evidente falta de comprovação empírica da realização desse objetivo –, afirma, por outro lado, que há certo entendimento de que a pena detentiva pode, eventualmente, ser capaz de fornecer ao condenado informações de como comportar-se na sociedade. Porém, isto será possível – quando muito –, somente com a existência de um *standard* mínimo de humanidade e civilidade. O resultado do descumprimento daquele padrão mínimo é a *eficácia invertida* que exerce a pena de prisão.

Isto impõe a necessidade de tutela jurisdicional diante da realidade empírica daquele país. Ainda segundo TAVARES, são necessários (a) remédios compensativos e (b) remédios preventivos. No primeiro caso, tratam-se de remédios hábeis a atuar na reparação à violação daquele bloco de fundamentalidade dos direitos do apenado em decorrência da execução penal realizada *contra legem*; no segundo caso, são remédios que atuam no sentido

³¹⁰ A Ação pode ser consultada aqui: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>. Acesso em: 07 out. 2021.

³¹¹ O Parecer de JUAREZ TAVARES pode ser consultado aqui: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589053&prcID=4783560&ad=s#>. Acesso em: 07 out. 2021.

estabelecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos³¹², a qual dispôs que a melhor forma de reparar os danos é a rápida cessação de violação ao direito a não ser submetido a tratamento degradante.

Assim, TAVARES argumenta, nos §§ 79 e seguintes, pela apartação do conceito de «pena». Há uma diferença de abordagem entre a pena cominada abstratamente pelo Poder Legislativo – a «pena ficta» –, e o procedimento de traduzibilidade concreta efetuado pelo Poder Judiciário – a «pena real». A razão de separação consiste na ilegitimidade de agregar ao sentenciado um sofrimento maior do que aquele representado pela própria privação de liberdade, de modo que correspondência entre o valor nominal da pena e a realidade não se efetua.

Incorre em dizer, assim, acerca das próprias *pressuposições* existentes dentro do pensamento geral da punição. Há uma restrição de análise, realizada abstratamente, a qual opera o *sentido* da punição unilateralmente pela análise da medida do tempo. Em um primeiro momento, isto pode parecer trivial por ser uma argumentação estratégica e funcionalmente direcionada, já que deriva de uma realidade, que ao fim e ao cabo, é alcançada através da própria violação de direitos. Acreditamos, em grande parte, que são as Cortes daquele país devem reconhecer que julgam a torto o estabelecido dogmática e *aprioristicamente* pelo sentido do direito. Por outro lado, concordamos também com JUAREZ TAVARES, no sentido em que entendemos pela necessidade em alcançar-se o patamar do

³¹² Trata-se do caso *Torreggiani e altri versus Italia*, julgado em um *pilot judgement* pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Julgando a denúncia efetuada por sete recorrentes, o Tribunal entendeu que «*The violation of the applicants' right to adequate conditions of detention did not stem from isolated incidents but from a systemic problem arising out of a chronic dysfunction of the Italian prison system which had affected and remained liable to affect a large number of persons [...] Furthermore, several hundred applications against Italy were currently pending before the Court raising the same issue of overcrowding in various Italian prisons, and the numbers continued to rise. In addition, approximately 40% of the persons held in Italian prisons were remand prisoners awaiting trial*». Deste modo, o Tribunal determinou que «*the national authorities had to put in place, within one year, a remedy or combination of remedies with preventive and compensatory effect affording real and effective redress in respect of Convention violations stemming from overcrowding in Italian prisons*» [grifos nossos]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7400&filename=002-7400.pdf&TID=thkbhnilzk>. Acesso em: 08 out. 2021. Por outro lado, ver também a consideração crítica que avalia a inefetividade da implementação da decisão, colocando a Itália como o país com o mais alto número de julgamentos não implementados. Deste modo, o *pilot judgement* foi considerado como uma reação ao fracasso dos Estados em implementar integralmente a Convenção, bem como uma *judicial lawmaking*. Entretanto, e apesar das insuficiências, FAVUZZA considera que o *pilot judgement* demonstrou ter um efeito catalizador no processo legislativo doméstico, sobretudo daquele país, no qual as mudanças legislativas tendem a ser muito lentas. Neste sentido, ver FAVUZZA, Federica. *Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy*. *Human Rights Law Review*. v.17, n.1, mar., 2017.

Pressuposto de uma análise *empírico-normativamente orientada*. A distinção operada pelo Autor é demonstração de uma análise construída sob este Pressuposto que defendemos.

Assim, a pena ficta parte do pressuposto daquele bloco de fundamentalidade supramencionado, ao passo que a pena real parte do reconhecimento das condições empíricas da execução. A distinção cabal é a de que a primeira considera como lesão principal o direito individual à liberdade, enquanto a segunda considera que uma pluralidade incontável de direitos serão eventualmente lesionados. Conclui, o Autor, que os valores reais da pena não podem ser equivalentes aos valores nominais. A metodologia jurídica em questão diz respeito à aplicação da pena no momento da medida de culpabilidade. Ora, se a culpabilidade é a medida da punição, então a condenação «não impõe restrições apenas ao condenado, senão também ao próprio Estado, que não lhe pode agregar outros sofrimentos além daqueles traçados estritamente na sentença»³¹³. Neste sentido, ao verificarmos a eficácia invertida da função preventiva especial positiva, temos que a execução penal não respeita a medida da culpabilidade do agente infrator. Resulta disto, então, a exigibilidade – na fase do processo de conhecimento –, de levar-se em conta no critério de fixação da pena, previsto no art. 59 do ordenamento jurídico daquele país, as circunstâncias objetivas das condições carcerárias para efeitos de minoração da pena. Por outro lado – já em fase de execução –, a possibilidade do uso de *habeas corpus* quando essas mesmas circunstâncias preponderarem.

Não obstante o mérito da causa³¹⁴ ainda não ter sido julgado pela Suprema Corte daquele país, foram deferidas medidas cautelares³¹⁵ para determinar que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, a qual deverá abster-se de realizar novos contingenciamentos.

Por outro lado, isto adianta a necessidade da avaliação crítica do cumprimento da pena, mas agora não só naquele país. E também não só na América Latina. Neste sentido,

³¹³ TAVARES, Parecer, *op. cit.* p.44.

³¹⁴ Para uma análise crítica sobre a «sedução do Direito», ver a consideração sobre a ignorada *complex enforcement* já ressaltada pelo ministro Gilmar Mendes, refratário à tese do ECI. Assim Cortes só produzirão mudanças sociais efetivas quando os atores políticos impuserem custos como via escusa ou de escudo para sua própria atuação política. Ver em: MAGALHÃES, Breno Baía. “O Estado de Coisas Inconstitucional na ADFP 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos”. *Revista Direito GV*.v.15, n.2. São Paulo, 2019.

³¹⁵ Também foi deferida a cautelar de determinação aos juízes e tribunais que realizem as audiências de custódia, em observação ao estabelecido pelo Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A decisão pode ser consultada em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 08 out. 2021.

pode-se evidenciar que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha³¹⁶ afirmou o direito do detento de evitar o encarceramento ou de ter a sua execução interrompida quando da comprovação de condições lesivas que afetam a sua dignidade. Entendemos, assim, que a evolução jurisprudencial é no caminho pela consideração da dimensão empírica em relação à determinação e à execução da pena. Temos, deste modo, que o papel da Tese poderá ser fundamental sobretudo por exercer um papel judicializável, em detrimento da ECI que extrapola as fronteiras da jurisdição penal.

Devemos lembrar, ainda, o Projeto Cidadania nos Presídios de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – da República Federativa do Brasil –, o qual reivindica a operacionalização do «Princípio Supralegal da Capacidade Prisional Taxativa³¹⁷», de modo já a demonstrar a *modulação* do regime de cumprimento de pena. A ideia pode ser entendida com ROIG³¹⁸, segundo o qual a imposição do *numerus clausus* deve levar a um adiamento obrigatório da execução da pena detentiva, embora com imediata detenção domiciliar, sempre que a execução penal tenha que se dar em estabelecimento cuja capacidade regulamentar esteja exaurida.

Também BATISTA³¹⁹ se pronunciou sobre o tema, normatizando o *princípio do numerus clausus*: 1) o juízo da execução deve determinar a máxima capacidade dos estabelecimentos penitenciários; 2) a capacidade não pode ser superada; 3) o ingresso de um recluso excedente deve corresponder à transferência de outro mais favorecido, ainda que seja para um regime mais benéfico; 4) o mesmo sucederá no segundo estabelecimento que recebeu aquele recluso mais favorecido, e assim sucessivamente, mesmo que para um regime mais benéfico; 5) na última ponta do sistema penitenciário ter-se-á o «livramento condicional especial».

Tamanha é a importância da institucionalização do *numerus clausus* – ao menos em alguns ordenamentos jurídicos –, que o Conselho Nacional de Política Criminal e

³¹⁶ A reclamante alegara ter permanecido por mais de 234 dias em condições inumanas. Neste sentido, a decisão afirma que «*in der der Bundesgerichtshof an die aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde folgende rechtliche Erwägung anknüpft, dass die Strafvollstreckung notfalls zu unterbrechen sei, wenn und solange eine weitere Unterbringung nur unter menschenwürdigen Bedingungen in Betracht komme*». Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/11/rk20111107_1bvr140309.html. Acesso em: 07 out. 2021.

³¹⁷ Disponível em: <https://wwwh.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 07 out. 2021.

³¹⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. *Revista Liberdades*. n.15, jan/abr, 2014, p.110.

³¹⁹ BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.92.

Penitenciária (CNPCCP) editou a Resolução³²⁰ 05/2016 a qual dispõe sobre a fixação de lotação máxima, de modo que em caso de superlotação superior à taxa de 137,5%, exige-se providências para ajustar o «excesso» ou «desvio de execução», considerando as possibilidades de (1) saída antecipada especial, (2) liberdade eletronicamente monitorada, (3) prisão domiciliar, (4) progressão de regime em decorrência da Súmula Vinculante³²¹ 56 do Supremo Tribunal Federal.

4.2.1.3 A Exigibilidade da dimensão material da Execução da Pena à luz da Proibição de Excesso e da Garantia do Conteúdo Essencial

Há uma relação entre o princípio da proibição de excesso e o aprofundamento do Estado de Direito em sentido material. Entretanto, como destaca CANAS³²², não é suficiente invocar o art. 2º da Constituição da República Portuguesa³²³, por exemplo, para justificar a aplicação deste princípio. Por outro lado, a proporcionalidade moderna³²⁴ é instrumento de harmonização necessária e fundamentada pela Constituição *prima facie*. Incorre em dizer que a ambição da normatividade «superlativa»³²⁵ conduzida pela «textura constitucional» é contrariada pela «realidade constitucional» precária. Deste modo, para que o Estado de Direito – neste terceiro fôlego do Estado Social³²⁶ –, consiga exercer a função de regulador de interesses grupais diversos e de narrativas plurais, a Constituição traça critérios possíveis diante da proliferação de colisões *prima facie*. Os critérios consolidam-se ou não a depender do caso concreto, situação mediante a qual os critérios de ponderação são reivindicados.

³²⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2016/resolucao-no-5-de-25-novembro-de-2016/view>. Acesso em: 03 out. 2021.

³²¹ «A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS». Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 03 out. 2021.

³²² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativo.[Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas]. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016. p.393.

³²³ O artigo concretiza o princípio fundamental do Estado de Direito Democrático. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 08 out. 2021.

³²⁴ CANAS..., *op. cit.* p.402.

³²⁵ *ibid.* p.395.

³²⁶ *Ibid.* p.394.

Há uma diferença, contudo, entre a Proibição de Excesso e a Garantia do Conteúdo Essencial, a qual possui autonomia conceptual e normativa. Exemplificadamente, dir-se-ia que uma norma hipotética que obrigasse os cidadãos a professarem uma determinada religião violaria o conteúdo essencial da norma que estabelece a liberdade de religião, de modo que metodologia utilizada para esta conclusão deriva de um conceito autônomo e não da proibição de excesso, pois nenhuma das normas foram ponderadas. Novamente com CANAS, tem-se que «a previsão da possibilidade de penas privativas da liberdade [...] que tenham de ser cumpridas pelos condenados em total isolamento [...] amarrados e vendados [...] sem possibilidade de contacto com o exterior, viola o mais elementar sentido da dignidade da pessoa humana»³²⁷ e, novamente, nenhuma proporcionalidade necessita ser utilizada para esta conclusão.

Contudo, à medida que as circunstâncias empíricas alteram-se e distanciam-se daquela exemplificação, seria corretor supor, portanto, que estar-se-ia distanciando-se da afetação ao núcleo essencial da norma. Disto, pensamos, decorreria a necessidade de utilização da proporcionalidade. Este princípio já faz parte da construção dogmático-penal, pois tal é a importância na relação *proibição de excesso v. obrigação estadual de proteção*³²⁸ na Teoria do Bem Jurídico. Aqui a relação seria *análoga*, porém em sede de Execução Penal.

Poder-se-ia, supor, por exemplo, que de um lado está o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana³²⁹ em detrimento do *ius puniendi*; ou ainda, a garantia constitucional à Integridade Física e à Saúde em detrimento da proteção de bens jurídicos. Estar-se-ia, assim, dentro da dupla face do princípio da proporcionalidade – *Übermassverbot v. Untermassverbot*³³⁰ –, porém requerida a partir do manejo da Exequibilidade Humanitária.

Diferentes circunstâncias estariam hábeis a demandar diferentes aplicabilidades desta Tese. A existência de uma situação pandêmica ou a precariedade dos estabelecimentos seriam possíveis *indícios* para a possível aplicação da Tese. Outro caso, por outro lado, é o do princípio do *numerus clausus* ou da *capacidade prisional taxativa*.

³²⁷ *Ibid.* p.534.

³²⁸ BRANDÃO..., *op. cit.*

³²⁹ No caso da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em vigência, seria o art. 1º, inciso III, o qual consagra a Dignidade da Pessoa Humana em contraposição ao art. 6º e ao art. 196 que asseguram o direito à saúde e, ainda, em contraposição ao art. 5º, inciso XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2021.

³³⁰ STRECK, Lênio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais in *Revista da Ajuris*. n.97, mar., 2005, p.171.

Concluímos, assim, que (I) se este princípio for considerado um autônomo princípio da Execução Penal, não há que falar-se em Proporcionalidade, mas em aplicabilidade. Porém, não sendo este o caso, talvez seja a hipótese de (II) pensar no manejo da ponderação quando da exigência da situação empírica para a adequação entre Constituição e Execução Penal. Isto, contudo, dependerá dos casos concretamente analisados, como se propõe a seguir.

4.2.1.4 A Exigibilidade da Execução Humanitária na jurisprudência dos Estados Unidos da América – especial consideração ao caso *Brown v. Plata*

Em 2011 é julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos um importante *case* em matéria de direitos dos presos. O caso *Plata*, 563 U.S 493 (2011)³³¹, doravante *Brown v. Plata*, iniciou-se, contudo, a partir de dois casos separados. O primeiro tratava-se de presos com sérias «doenças mentais», que deram início ao caso *Coleman v. Brown*, em 1990. O segundo tratava-se de presos com «sérias condições médicas», que deram início ao caso *Plata v. Brown*. Ambos casos tinham como alegação fundamental a de que o Estado da Califórnia teria causado anos de violações à Oitava Emenda³³². As Cortes Distritais concederam medidas cautelares ordenando que o Departamento da Califórnia de Correções e Reabilitação providenciasse os cuidados médicos mínimos em defesa da Emenda. Contudo, os mesmos autores dos *Coleman* e *Plata* cases moveram o §3626 do Código 18 dos Estados Unidos – a principal legislação em matéria criminal e processual penal a nível federal –, requerendo a «Corte-de-Três-Juízes»³³³, prevista no §2284 da mesma legislação, em suas respectivas Cortes Distritais, em decorrência da não cessação de violações aos seus direitos. O pedido das partes incorria na condenação daquele Estado à redução da população

³³¹ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/493/>. Acesso em: 08 out. 2021.

³³² Para uma Constituição Anotada, ver em: <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-8/>. Acesso em: 08 out. 2021.

³³³ Conforme a seção, trata-se de uma Corte constituída por três juízes especialmente criada para verificar a possibilidade de concessão da ordem de libertação de um preso se (I) a superlotação é a causa primária da violação de um direito federal e (II) nenhuma outra medida cautelar é capaz de remediar aquela violação. Assim entrou em discussão o dispositivo previsto no §3626, (a), (1), (A) intitulado «*Prospective Relief*», o qual trata-se de uma cautelar que visa cessar a violação ao direito invocado pela reclamante. A legislação pode ser consultada em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3626>. Acesso em: 08 out. 2021.

prisonal. Ambas cortes concederam o pedido. O Estado, entretanto, apelou³³⁴ à Suprema Corte, alegando que as ordens daquelas Cortes Distritais violavam a mesma legislação.

Na última instância jurisdicional daquele país pode-se identificar três modelos de fundamentação dos votos: (I) a não confirmação da ordem por considerar que a legislação tem o objetivo de constranger a discricionariedade dos juízes contra «*structural injunctions*»³³⁵ – sustentado pelos juízes Antonin Scalia e Clarence Thomas; (II) a não confirmação da ordem por consideração de que a decisão impactaria na economia e na segurança pública quando da libertação de aproximadamente 46.000 detentos, sustentado pelos juízes Samuel Alito e John Roberts; (III) a confirmação da ordem da Corte-de-Três-Juízes por considerar que, para ser possível o cumprimento da própria legislação em questão, é necessário que um tribunal estabeleça o limite populacional das prisões, bem como ordenar a redução dessa população no menor tempo razoável, sustentado por Anthony Kennedy e seguido pelos demais.

Desta forma, nosso intuito é destacar a importância da *justiciabilidade* da Execução Humanitária, bem como traçar os limites da privação da liberdade humana em razão de sentença condenatória, demonstrando-se, assim, o *ponto cego* da necessária autocontenção do sistema punitivo. Contudo, a maneira como isto será efetuado na Execução Penal deverá passar por um crivo maior de análise. Extrapola em muito o escopo desta dissertação a análise da interferência do Judiciário diretamente na Administração Pública. Nosso intuito, por outro lado, é em demonstrar como esta contenção pode ser aferida dentro do Judiciário.

4.2.1.5 Apreciação Crítica da perplexidade da *Prisão-de-Lata* no Brasil – remissão para síntese-propositiva

Em Abril de 2020, 74 entidades – dentre Organizações não Governamentais, Sindicatos, Defensorias Públicas, Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil, Associações Cívicas e Universidade –, subscreveram um «Apelo»³³⁶ às Nações Unidas,

³³⁴ *Ibid.* Cabia à Suprema Corte avaliar a ordem da Corte-de-Três-Juízes de determinar ao Estado da Califórnia a redução da população prisional em dois anos. A ordem foi confirmada em um julgamento 5-4.

³³⁵ Ver na parte B da argumentação de Scalia. *op. cit.*

³³⁶ Disponível em: <https://conectas.org/wp-content/uploads/2020/04/Apelo-Urgente-container-.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

informando a gravidade da situação com danos irreparáveis em virtude do Ofício 864/2020 do Departamento Penitenciário Nacional. O objetivo do Ofício era afastar as regras da arquitetura penal, permitindo a construção de estruturas temporárias de saúde e de custódia, as quais não seguiriam o fixado no art. 88 da Lei de Execução Penal³³⁷, o qual exige área mínima de 6,00m² por cela individual.

Contudo, conforme ressaltado naquele Apelo, o uso de *containers* como forma de aprisionamento iniciou-se em 2006. Tem-se, por outro lado, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em sede de *Habeas Corpus*³³⁸, por unanimidade, pelo deferimento do remédio constitucional e consequente soltura do impetrante, por considerar que (1) é caso de manifesta ilegalidade o uso de contêiner como cela; (2) não se admitem penas cruéis mesmo em prisão cautelar; (3) a execução da pena deve obedecer ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Interessante observar, por outro lado, que os *containers* continuam sendo utilizados e novamente sendo julgados pelo mesmo Tribunal. Em maio de 2021, um Recurso Especial³³⁹ (Resp) impetrado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) chegou ao STJ em razão da utilização desta forma de aprisionamento. Por um lado, o Juízo da Vara de Execuções Penais determinara a interdição da Central de Observação e Triagem, ao passo que a Inspeção Judicial realizada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina fundamentou a cassação da decisão do juízo *a quo* – dando manutenção ao uso dos *containers* –, pois embora não estivessem em condições ideais, atendiam a um padrão mínimo de condições dignas. Por conta da divergência sobre matéria de fato, entretanto, o STJ não conheceu do Resp, não adentrando, portanto, em seu mérito.

Devemos, não obstante a gravidade desta situação, evitar qualquer tipo de argumentação retórica. Assim, jurídico-analiticamente considerado o caso, temos:

- a) Convocando a Responsabilidade do Judiciário para a questão, dir-se-ia que se puníssemos *corretamente*, talvez – e só talvez, já que sob pena de cometer

³³⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

³³⁸ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 142513/ES (2009/0141063-4). Relator Ministro Nilson Naves, Data de Julgamento: 23/03/2010, Sexta Turma, Data de Publicação: 10/05/2010.

³³⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1626583/SC (2016/0244612-6). Relator Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento 06/05/2021. Decisão Monocrática. Data de Publicação: 17/05/2021.

um *Argumentum ad ignorantiam*³⁴⁰ não podemos concluir sem evidências – , jamais estar-se-ia discutindo o uso de *containers* como celas;

- b) A construção de um sentido *material* da execução da pena revela-se fundamental em diferentes ordenamentos jurídicos, de tal modo que este sentido pode expressar-se por meio do princípio do *numerus clausus* e da Tese de Exequibilidade Humanitária;
- c) Se tal sentido for aceito pela doutrina e pela jurisprudência, o remédio constitucional do *habeas corpus* seria suficiente para cessar a violação aos direitos fundamentais dos presos no caso da (i) prisão-contêiner, no caso de (ii) superlotação das celas e no caso do (iii) aprisionamento no contexto da COVID-19;
- d) Caso o *numerus clausus* seja entendido enquanto princípio da execução penal, o próprio juízo da execução deve aplicá-lo, preventiva ou progressivamente. No primeiro caso, trata-se de evitar a entrada de novos reclusos e a conseqüente violação de direitos fundamentais, com conversão para prisão domiciliar. No segundo caso, distintas possibilidades como progressão do regime de pena, conversão em prisão domiciliar e até livramento condicional de modo excepcional;
- e) A dimensão da juridicidade certamente não esgota-se no aspecto normativo – e prova disso é que a dogmática tem um papel fundamental de dever de determinação do papel do legislador –, de modo que cabe à dimensão autorreflexiva do direito interpelar a própria *justeza* a partir da consideração de *standards*. É o que propomos a seguir.

³⁴⁰ Ver em LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. The Pennsylvania State University, 1999, Capítulo XVII, p.683.

4.3 A relação entre Justiça Social e Justeza Material: ponto cego da jurisprudência em solo (norte/sul)-americano – Preterição da Seletividade [*Ponto cego γ*]

4.3.1 Brevíssimo Quadro-Geral da perplexidade da Seletividade Penal

Em um recente artigo, Michael KIRBY lembrou a importância da Reforma do Direito Australiano, sobretudo quando em tempos de pandemia apenas palavras não são suficientes para enfrentar a crise institucional. A sua reivindicação é por um *mais forte* «senso de justiça»³⁴¹ no que tange à desigualdade e discriminação, as quais são sempre mais graves quando oriundas da própria intervenção estatal.

Em seu discurso está a «Representação Desproporcional» que a *Australian Law Reform Commission*³⁴² havia destacado em 2017, no sentido de que os povos aborígenes e os ilhéus de Torres Strait representavam à época 27% da população prisional adulta, muito embora representassem apenas 3% da população total daquele país. No caso do recorte por gênero, as mulheres daquele grupo de pessoas representavam 34% da população prisional feminina, não obstante representarem 2.2% do total de mulheres adultas australianas. Na consideração pela taxa de encarceramento, a Comissão concluíra que a taxa de encarceramento de um homem aborígene era 11 vezes maior do que a da população masculina geral e 15 vezes maior, no caso da comparação com mulheres não-aborígenes. O mesmo documento ressaltava que estas minorias eram mais suscetíveis de serem sentenciadas a prisões de curta duração, de até 2 anos, o que levava à conclusão pela viabilidade em adoção de medidas de diversão, destacando o papel do «*Aboriginal Justice Agreement*», como forma de redução da sobre-representação destes povos no sistema de justiça criminal.

Em outro trabalho desempenhado pela Comissão, fora destacado um padrão de julgamento nos Estados Unidos – negros e latinos tendem a sofrer penas mais duras em comparação à população branca³⁴³ –, demonstrando a limitação das pesquisas em solo australiano, apesar da identificação de que a desproporção acima mencionada já demonstra

³⁴¹ KIRBY, Michael. Incarceration, injustice, and COVID-19. *Alternative Law Journal*. v.46, n.2, 2021, p.93.

³⁴² Disponível em: [alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/discussion_paper_84_compressed_cover2.pdf](https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/discussion_paper_84_compressed_cover2.pdf). Acesso em: 20 out. 2021. Ver páginas 26-27; 177-186.

³⁴³ Disponível em: <https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2021/04/JI6-Cognitive-Biases-in-Judicial-Decision-Making.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021. Ver páginas 11-16.

fortes indícios de que o critério racial influencia em algum grau – de todo incerto – as decisões judiciais em matéria criminal.

Em torno de análises já consolidadas, impossível não vindicar as análises de WACQUANT, o qual demonstrou o deslocamento do *social* ao *penal* tratamento da pobreza em solo norte-americano, revelando a importação deste modelo pelas nações sul-americanas recém-industrializadas – de modo que é difícil vislumbrar um direito penal democratizado nestes locais –, já que diante desta operação, que ainda ronda aqueles territórios estatais, o aparato jurídico e policial estabelecem uma «verdadeira ditadura sobre o pobre»³⁴⁴. E ainda imprescindível na reconstituição histórica da «simbiótica» passagem da escravidão, passando pelo regime do Jim Crow até chegar aos guetos do século passado e aos hiper-ghetos do século atual – afro-americanos de baixa renda não vivem em uma sociedade com prisões, mas na «primeira genuína sociedade prisional da história»³⁴⁵.

4.3.2 A Crítica do Abolicionismo Constitucional – ou do Papel Sócio-Histórico das Prisões

Um ponto fulcral para entender o panorama estabelecido em torno do funcionamento do sistema penal é exposto por Dorothy ROBERTS³⁴⁶, para a qual há três pontos ofuscados no direito penal diante dos quais o abolicionismo penal constitui a suposta ferramenta da revelabilidade: (1) a fundação do sistema carcerário deriva do sistema de escravidão; (2) a expansão do sistema de punição criminal funciona para oprimir pessoas negras e marginalizadas socialmente; (3) o objetivo da democracia deve ser a construção de uma sociedade que não resida no enjaulamento de alguns para a maioria sobreviver.

Diante disso, estar-se-á novamente nos confins da juridicidade-penal, posto que se por um lado esta constitui-se enquanto *intenção* axiologicamente fundamentada na dimensão da Responsabilidade, por outro lado, se assumirmos o *sentido do direito*, encontram-se barreiras cuja intransponibilidade impede a *material* concretização do direito *enquanto direito*. De fato, se analisarmos à luz da juridicidade, teremos a perpetuação de um Estado, embora de Direito, não democrático e apenas formalmente constituído. Não seria,

³⁴⁴ WACQUANT, Loïc. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment and Society*. v.5, n.º2, abr., 2003, p. 198-201.

³⁴⁵ WACQUANT, Loïc. Deadly Symbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mesh. *Punishment and Society*. v.3, n.º1, jan., 2001, p.98-105; 119-121.

³⁴⁶ ROBERTS, Dorothy E. Foreword: Abolition Constitutionalism. *Harvard Law Review*. v.133, n.1, nov., 2019, p.7-8.

assim, o caso de dar-se um tratamento jurídico-penal a tais questões? A Perplexidade é novamente convocada e, como demonstra ROBERTS, ativistas e juristas acadêmicos andam separados sem um diálogo minimamente constituído³⁴⁷, de maneira a demonstrar uma pluralidade continuamente crescente de vozes...

De modo a constituir-se diferentes provisões enquanto estratégias ou fundamentações em relação à seletividade com que opera *de fato* o direito penal. Uma posição que podemos identificar enquanto *interna* à juridicidade: (1) a possibilidade de os *legal scholars* embasarem juridicamente as reivindicações dos abolicionistas contemporâneos; uma outra posição que identificamos enquanto *externa* à juridicidade: (2) uma leitura «*desconstrutiva*» da legislação e da Constituição de maneira a defender funcionalisticamente o abolicionismo penal; e ainda a posição daquela Autora: (3) a reivindicação de um novo constitucionalismo abolicionista.

Devemos fazer uma breve alusão à segunda alternativa com ajuda de Aroso LINHARES, destacando-se, desde já, a diferença entre princípios enquanto *intentio* e enquanto *ius*³⁴⁸ a demarcarem as fronteiras dos territórios funcionalistas e juristicistas, respectivamente. De modo que com aquele primeiro a autonomia do direito estaria, em maior ou menor escala, comprometida. De modo que uma jurisprudência funcionalmente orientada para a *abolição* seria, já de si, fazer política em tribunal. O que não corresponde, necessariamente, à primeira opção apresentada, embora não desenvolvida pela Autora, que optou por um «novo-constitucionalismo-abolicionista», o qual deverá ser analisado.

Segundo ROBERTS há duas razões para sua decisão. O aspecto *negativo* –ou seja, de agenda apta a proceder a rejeição –, vai de encontro com a *Anti-Abolition Jurisprudence*, ao passo que o aspecto positivo ou propositivo vai ao encontro de uma releitura constitucional do histórico das *Reconstruction Amendments*.

A diferença está precisamente na interpretação sobre o papel (a ser) desempenhado pela Décima Quarta Emenda³⁴⁹. A Suprema Corte dos Estados Unidos

³⁴⁷ *Ibid.* p.5;8-9.

³⁴⁸ LINHARES, José Manuel Aroso. Na «*Coroa de Fumo*» da Teoria dos Princípios. Poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. CORREIA *et al* (orgs.) Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.395-421.

³⁴⁹ A Emenda foi adotada em 1868 durante o período da Reconstrução em solo estadunidense após a Guerra Civil. Ela dispõe sobre a cláusula de cidadania, cláusula de igualdade de proteção e igualdade no devido processo legal. Este não é o espaço, contudo, para analisar esta Emenda. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>. Acesso em: 12 out. 2021.

adotara a *Color-Blind Doctrine*³⁵⁰, a qual ressoava um suposto ambiente de igualdade alcançado em sociedade, o que interpela, desde já, o sentido de uma concretização formal ou material do direito à igualdade. Entendemos que a abordagem *daltônica* da 14ª Emenda parece Pressupor a concretização do Direito a partir da positivação da Cláusula de Igualdade de Proteção ou como afirmara ROBERTS, a «*colorblind logic*» apenas faria sentido em uma realidade alternativa – ou seria em outro ordenamento jurídico...? –, na qual o Direito e o Estado nunca prestaram-se ao papel de Institucionalização da Escravidão e/ou do Regime de Segregação Racial³⁵¹.

Em outro momento, novamente Dorothy ROBERTS³⁵² tecera considerações críticas acerca da desigualdade ocorrida em julgamentos criminais, de modo que a democratização do direito penal requer o desmantelamento dos preconceitos raciais. Porém, a isto intitula enquanto uma *abordagem abolicionista do direito penal enquanto projeto de democratização do sistema penal*. Dentre as propostas estão (1) a redução drástica do número de encarcerados; (2) a reorientação do sistema penal de modo a ser explicitamente antirracista.

Quanto à primeira proposta já ensaiamos acima uma tentativa de resposta juridicamente fundamentada. Tentaremos dar um tratamento à questão restante. Antes, contudo, é necessário engrandecer um ponto destacado por aquela Autora, *i.e.*, «a alma abolicionista das *Reconstruction Amendments*».³⁵³ Esta origem pode ser analisada mais detalhadamente em BARNETT³⁵⁴, o qual reconstituiu as categorias jurídicas específicas da Seção Um da 14ª Emenda, publicada em 1866, dentro do discurso do constitucionalismo abolicionista (da Escravidão) e da argumentação de Bingham em 1857 e 1859 acerca do Devido Processo Legal, da extensão de cidadania e da supressão do sistema escravocrata nos estados do sul pelo Congresso. Apesar da assunção desta origem, contudo, ainda resta entender a correlação entre o «novo» e o «velho» abolicionismo em um sentido que faz-nos

³⁵⁰ Relembra BELL que quatro dessegregações foram efetuadas perante *Brown v. Board of Education*, já que os Conselhos operavam mediante a doutrina «*separate but equal*» estabelecida pela Suprema Corte. Naquela ocasião, as reclamantes arguíam que as Escolas Públicas não eram *de fato* igualitárias no regime de segregação. Neste sentido, ver BELL, Derick A. *Race, Racism & American Law*. 6ª ed. New York: Aspen Publishers, 2008, p.8; 85-89.

³⁵¹ ROBERTS, *op.cit.* p.79-81.

³⁵² ROBERTS, Dorothy. Democratizing Criminal Law as an Abolitionist Project. *Faculty Scholarship at Penn Law*, v.111, n.º 6, 2017, p.1604-1607.

³⁵³ ROBERTS, 2019, *op.cit.*, p.50.

³⁵⁴ BARNETT, Randy E. Whence Comes Section One? The Abolitionist Origins of the Fourteenth Amendment. *Journal of Legal Analysis*. v.3, n.º 1, Spring 2011, p.246-257.

remeter à primeira seção deste capítulo: a construção de um sistema é sempre precedido pela abolição de outro.

Mas afinal, a discussão sobre justiça e desigualdades sociais é complexa quando perpassa pela dimensão do direito. O que leva à *hipótese* de abolição das prisões é, inclusive, o resultado de persistentes injustiças na aplicação do direito penal, cujas reformas são ineficazes, como bem aponta ROBERTS. Pode-se, ainda, ver com Jacinto COUTINHO³⁵⁵ que o Direito Penal não se conserta por reformas no processo penal, pois a origem de sua crise deriva da crise do Estado Moderno, que é o seu Pressuposto [P]. Neste sentido, onde o neoliberalismo fulminou a possibilidade de fraternidade e solidariedade, sobra apenas a gestão mediante a expansão da dimensão punitiva. O que cabe, pelo menos ao direito *enquanto direito*, é a correção material de suas decisões. Afinal, como destaca COUTINHO, crescer em democracia significa produzir um processo penal que possa valer para todos e não só para alguns.



Neste sentido, devemos demonstrar a possibilidade da dimensão da aplicação da *justeza* judicativa em tratando-se da relação seletividade-prisões. Vejamos, neste sentido, a análise do abolicionismo penal em torno de um paradigmático caso norte-americano e, após, uma tentativa de resposta à luz da juridicidade.

4.3.2.1 Consideração Crítica do caso *Flowers v. Mississippi* – abolicionismo como critério?

Em Junho de 2019 a Suprema Corte dos Estados Unidos³⁵⁶ (SCEU) enfrentou o caso de Curtis Flowers – afro-americano –, o qual fora condenado seis diferentes vezes à pena de morte pelo homicídio de quatro empregados de uma loja de móveis em Mississippi. Em todos os julgamentos o júri condenou o réu. Nos primeiros três julgamentos, entretanto, a Suprema Corte de Mississippi (SCM) reverteu a decisão. Nos primeiros dois, com base na má conduta do promotor; no terceiro, com base no entendimento de que o uso das 15 «*Peremptory Challenge*» (PC)³⁵⁷ deu-se com base no fator raça, violando a 14ª Emenda e o

³⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito Penal e Reforma Processual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 16, n.º3, jul-set., 2006, p.385-391.

³⁵⁶ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/588/17-9572/>. Acesso em: 20 out. 2021.

³⁵⁷ Regras Federais do Procedimento Criminal. Ver a Regra 24 (b) (1). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_24. Acesso em: 20 out. 2021.

precedente disposto em *Batson v. Kentucky*³⁵⁸. No quarto julgamento a acusação exerceu 11 PC novamente contra potenciais jurados negros; no último julgamento a acusação exerceu 6 PC contra cinco potenciais jurados negros, permitindo apenas um no julgamento. O réu fora condenado novamente e apelou à SCM. Entretanto neste último julgamento a Corte confirmou a decisão do júri em uma apertada decisão 5-4, a qual sustentou a condenação à morte do apelante.

Quanto ao uso da PC, uma abordagem comparativa deve ser feita, ainda que breve. Trata-se da possibilidade da rejeição da seleção de um jurado. A *Challenge for Cause* é baseada na parcialidade, ao passo que a PC é utilizada sem necessidade de motivação. No Tribunal do Júri brasileiro pode-se identificar um correlato no art. 468 do CPP³⁵⁹, o qual limita em até 3 vezes a rejeição; no ordenamento jurídico português tratar-se-á do art. 12, n.3 do DL³⁶⁰ 387-A/87, o qual limita em até 2 vezes a rejeição. Nos Estados Unidos, como percebe-se, a utilização para *capital case* é limitada em 20 vezes. Em todos os casos prescinde-se do dever de motivação.

Diante deste panorama – o total de 41 PC utilizadas pela acusação contra potenciais jurados negros –, a SCEU teve que analisar se a exclusão de uma mulher negra no sexto julgamento havia violado a Cláusula disposta na 14ª Emenda. Após duas décadas na *fila da morte* o Judiciário reverteu a condenação de Flower em uma decisão 7-2.

O voto vencedor do *Justice Kavanaugh*³⁶¹ afirmara que o uso abusivo das PC foram motivadas substancialmente por um fator discriminatório, bem como destacando (1) que a seleção de possíveis jurados negros passam por um maior filtro, bem como (2) reafirmando o histórico da fria realidade passada em que negros não podiam assumir o papel de jurado, o que não pode ser tolerado ainda que sob a figura da PC. Contra o qual o voto vencido do *Justice Thomas* foi no sentido de que a acusação em nenhum momento teve propósito discriminatório, porém ressalta a falha em institucionalizar as regras de *Batson*,

³⁵⁸ Se antes a defesa tinha o ônus de provar que a PC era usada por razões raciais, após *Batson v. Kentucky* o juízo é quem deve avaliar a possível violação a partir de três critérios: (1) o réu é membro de um reconhecido grupo racial; (2) a acusação utilizou-se de PC na seleção do júri; o réu deve indicar sob quais fatores é possível inferir que a acusação excluiu os jurados com base na raça. Ver em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/79/>. Acesso em 20 out. 2021.

³⁵⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

³⁶⁰ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=315&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 20 out. 2021.

³⁶¹ *op.cit.*

em torno do «Paradoxo» criado entre a necessidade motivação neutra e o uso da PC, a qual dispensa qualquer explicação³⁶².

E disto resultar dois pontos: (1) a reivindicação por ROBERTS de uma *nova*³⁶³ leitura do abolicionismo constitucional – interligando os pontos entre Direito Constitucional e abolicionismo, já agora, das prisões –, (2) e o inegável impacto que o critério racial tem revelado na jurisprudência, afinal a conta levar-nos-á a 20 anos, 7 julgamentos, duas Cortes, e mais de duas dezenas de PC.

Diante de toda essa perplexidade, cabe-nos, em uma derradeira tentativa, pensar *como se faz direito... enquanto direito*.

4.3.3 A Dimensão da Justeza Material – Da *Justiça* à *Justeza* ou do Papel da Correção Autônoma do Direito [E]

Sem embargo a resposta *do direito* ser apenas uma possibilidade – dentre as muitas que nos interpelam –, e não obstante as louváveis críticas de ROBERTS, bem como de suas proposições jurídicas, embora político-historicamente fundamentadas, é necessária a crítica a partir de um juízo judicativamente orientado.

Se retomarmos o sentido da 14^a Emenda e o paradoxo invocado pelo voto vencido de Thomas, ter-se-á enquanto Pressupostos: (P.A) a dimensão do Direito não está contida em abstrato e *a priori* na norma; (P.B) há, entretanto, *juridicidade* na Emenda, a qual deve ser concretizada; (P.C) em um Estado de Direito Material³⁶⁴ só há espaço para uma material concretização.

E como Expressão: (E.A) a *intenção* axiológico-normativa da Cláusula prevista na Emenda exige a atuação do Judiciário para sua concretização no caso concreto; (E.B) o juízo judicativo³⁶⁵ exige uma dimensão de correção autônoma³⁶⁶; (E.C) a correção responde à *justeza* e não, necessariamente, à justiça heterônoma.

Deste modo, e sem deixar de lembrar a hipótese de reforma normativa ou até de abolição do instituto da PC, tem-se a possibilidade de proceder-se à uma dimensão de

³⁶² Ver a parte B da Dissidência de Thomas, *op. cit.*

³⁶³ *op.cit.* p.100-110.

³⁶⁴ BRONZE, Fernando José Pinto. *Metodologia do Direito*. Coimbra: Coimbra University Press, 2020, p.58.

³⁶⁵ *ibid.*, p.175-178.

³⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, 2013, *op.cit.*

justeza das decisões, a qual concretiza a índole normativa prevista naquela Emenda. Por justeza devemos relembrar a distinção efetuada por LEGE³⁶⁷ entre a perspectiva *externa* e *interna*, assumindo que a Justiça também é assunto de Direito, embora não só restrita à Jurisprudência. Assim, ao invés de proceder-se à uma correção heterônima do direito, a *justeza* material responde à autônoma correção. O que não significa que não haja interligação entre Justiça Social e Justeza judicativa, apesar de não serem necessariamente coincidentes.

Esta análise metodológica corresponde, a nosso ver, acerca da impossibilidade da concretização do direito sem a dimensão da *resposta correta*, a qual não ignora quaisquer fatores que podem invocar a imparcialidade do juízo. Isto extrapola a dimensão de *aplicação* do texto normativo – pois disto resultaria apenas o direito em aspecto formal –, sem, contudo, incorrer à argumentação política ou moral.

Em se tratando estritamente do caso retromencionado, o critério normativo processual penal estabelece a possibilidade de utilização da PC sem exigência de motivação, ao passo que o critério normativo constitucional concretiza o direito à igualdade, que ao fim e ao cabo significa a garantia ao Devido Processo Legal. Perante o juízo, o conflito a ser analisado à luz da *correção material* deverá ser: (1) é possível a utilização do mecanismo processual legislativamente previsto, ainda que prescindindo de motivação, **desde que** a sua utilização não viole a Paridade de Armas das partes e a Isonomia e Imparcialidade; (2) diante da relação dialética sistema/caso, deve haver um *prius*³⁶⁸ metodológico diante do caso, pois é a particularidade do problema do caso que interpela o sistema jurídico, não o inverso; (3) é necessária a verificação da relação entre o critério normativo e sua autopressuposição³⁶⁹ fundamentante, ou seja, sua *intenção* axiológico-normativa. Tem-se, deste modo, e assim defendemos, a precedência da *ratio iuris* sobre a *ratio legis*, pois é a validade do direito quem tem primazia diante do âmbito das possibilidades – as mais plurais possíveis –, políticas que determinam a prescrição legislativa, seja penal processual ou penal material. Portanto, e remetemos para as considerações finais, o juízo penal deve decidir *secundum ius*, o que incorre, no caso concreto, na impossibilidade da confirmação pelo juízo *ad quem* de uma decisão do júri que, apesar de seguir um critério processual normativo, viola o quadro axiológico da juridicidade-penal.

³⁶⁷ LEGE, Joachim. Pragmatismus und Jurisprudenz. Mohr Siebeck, 1998, p.517-523.

³⁶⁸ BRONZE, 2020, *op.cit.*, p.180.

³⁶⁹ CASTANHEIRA, 2013, *op.cit.*, p.190-193.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mapa do Terreno e conclusão à Perplexidade

E como numa tentativa de Conclusão (C) podemos argumentar que o Mapa do Terrenos é composto por três grandes áreas, diante das quais tentou-se constituir um diálogo. A força do pensamento pós-moderno é tal que rompe com paradigmas totalizantes e com a unicidade sistemática. Assim, a Perplexidade é tal que uma pluralidade de perspectivas e de Pressupostos existem ao longo do atual quadro. Devemos destacar, entretanto, os pontos que nos interessa: diante da emergência de plurais respostas, um resgate à ética é efetuado e por meio desta reabilitação uma comunicabilidade com o Direito torna-se fundamental. Foucault e Derrida mostraram-se fundamentais para entender esta retomada da ética no atual momento. Significa impor que Direito e Justiça não coincidem, apesar de serem inseparáveis. Com este último, uma ênfase é dada ao caso concreto, posto que a particularização passa a preceder sobre a universalização e, com aquele primeiro, a negação dos universais abre portas para uma pluralidade.

Por outro lado, o campo do Abolicionismo Penal, que perpassa por uma infinidade de pressupostos teóricos e práticos, mas que recentemente passou também a resgatar o papel da ética na análise do confinamento humano, assim como procedeu, outrora, à ética em torno da abolição da pena de morte e à consideração ético-jurídica pela abolição da escravidão. A ênfase atual, entretanto, reside no aspecto de Justiça Relacional entre o conflito intersubjetivo entre partes.

No terceiro Terreno, a Juridicidade ou o Direito enquanto Direito, em especial no que tange à dimensão penal, neste presente estudo. O desenvolvimento de um Estado de Direito formal ou de legislação e, que preso ao paradigma moderno, dava ênfase ao sistema, ao passo que o atual Estado apenas admite um Estado materialmente jurídico.

O ponto que toca o coração e interliga todos os Terrenos deverá ser, entretanto, a *necessidade* da Responsabilidade em torno do projeto cultural constituído por uma Comunidade de pessoas. O Direito, defende-se aqui, enquanto *possibilidade* na execução daquele projeto. De modo que as críticas, embora extrajurídicas, são imprescindíveis, ao fim e ao cabo, para a *tentativa* de concretização material da projeção das intenções.

Vejam, então, o que resgatar do capítulo I. Consideramos que a tríade principal dos abolicionistas penais – Mathiesen, Hulsman e Christie –, continuam, de certa forma, presos a alguns dos pressupostos modernos, tais como a relação Estado-Poder-Repressão. Por outro lado, Foucault apresenta uma análise mais arrojada, a partir da qual extrai-se, de início, a relação Saber-Poder-Sujeito, e ao fim, a historicidade do pensamento, inclusive das prisões. Entretanto, ao final daquele capítulo analisamos o atual estado da complexidade da sociedade fractal, perante o qual entendemos que o índice atual de complexificação é tal que (C.1) apenas um sistema não é possível para resolver os conflitos em sociedade, sobretudo quando ao neoliberalismo talvez seja cada vez mais oportuno a diminuição do sistema penal, ao contrário do que fora firmado desde o início da década de 1980.

Do capítulo II. O papel da Desconstrução de Derrida e as indecidibilidades ocasionadas pelas aporias, já que decidir é sempre uma desconsideração ou violência à singularidade do absolutamente Outro. O direito estabelece, abstrata ou sistematicamente, critérios normativos mas o caso concreto é sempre absolutamente novo, não importa quantas vezes repita-se a mesma questão. Isto apenas interpela-nos, entretanto, à necessidade do *prius* em torno do concreto em detrimento do abstrato. Já que pela consideração de Castanheira Neves, temos a dimensão da comparabilidade, sem a qual não há direito. E sobre este, ainda, as suas condições de emergência e o nosso atual papel de reabilitação de um sentido prático-material, perante à Perplexidade. A Juridicidade materialmente fundamentada é, talvez, o desafio deste século que se inicia, a partir da consideração da Pessoa, que precede a consideração do Sujeito. Portanto, (C.2) um *playdoier* pela não supressão do direito enquanto direito, a partir da reconstrução da Jurisdição Penal mais antes baseada na Responsabilidade que no exercício de Soberania.

Do capítulo III. Que do nosso propósito de pensar o abolicionismo penal, entendemos que a dimensão extrajurídica deste pensamento exerce (C.3) um indispensável papel de suspeição e de desconstrução, inclusive em sentido derridiano. O que não significa que não haja pontos cegos em suas formulações, tal como expusemos, posto que a sociedade pós-industrial possa talvez ser tão complexa que – novamente a (C1) –, a supressão total do sistema de justiça criminal pode não ser uma opção viável, sobretudo quando uma criminalidade – ou conflitos... ? –, possam ser graves, complexos, sem vitimação primária, interferentes na economia e no percurso da democracia, ao que a resposta meramente relacional possa ser insuficiente. Demonstramos, contudo, que de

pontos cegos pode-se passar a outros pontos cegos. Tal é a conexão com o último capítulo – e mais jurídico-penalmente fundamentado.

Tentamos correlacionar três críticas que podem ser extraídas do pensamento abolicionista penal (A,B,C) com três pontos cegos do direito penal em perspectiva jurídica $[\alpha,\beta,\gamma]$. Tem-se, deste modo, que a reivindicação abolicionista pela vítima e a materializar-se na Justiça Restaurativa (A) relaciona-se com o *ponto cego* $[\alpha]$ *do problema da unidimensionalidade existente na Teoria da Pena*; que a crítica abolicionista contra (B) o uso de prisões e a imposição de extremo sofrimento humano relaciona-se com o *ponto cego* $[\beta]$ *da inexorabilidade da prisão*; e, ainda, que a crítica abolicionista (C) acerca do racismo estrutural que permeia as instituições jurídico-criminais, relaciona-se com *ponto cego* $[\gamma]$ *da preterição da seletividade penal*. Sendo estes três pontos cegos e as três relações correspondentes as subconclusões do último capítulo, perante as quais pode-se formular uma conclusão geral: (C.4) a necessidade pela reconstrução do sentido do direito é caminho para a concretização material da juridicidade, a partir da qual terá sua autonomia e legitimidade garantidas, muito embora isto não prescindia das críticas externas ao direito, posto que do contrário aquelas mesmas críticas desempenharam um papel importante diante da reflexão jurídica, ao que podemos concluir – em função da pergunta exposta na introdução –, pela possibilidade e necessidade de um diálogo entre Juridicidade e Abolicionismo Penal rumo à *standards* mais altos de Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2012. p.

ACHUTTI, Daniel. *Is a Critical Model of Restorative Justice Possible? A Penal Abolitionist Approach in* AERTSEN, IVO; PALI, Brunilda. *Critical Restorative Justice*. 1ed. Bloomsbury Publishing, 2020.

AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda [Org.]. *Critical Restorative Justice*. 1ed. Bloomsbury Publishing, 2020.

ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v.21, 1980, p.428-429.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p.142-144.

ARRIGO, Bruce A; BERNARD, Thomas J. Postmodern Criminology in Relation to Radical and Conflict Criminology. *Critical Criminology*. Vol. 8, n.2, 1997, p.41-42

ARRIGO, Bruce *et al.* *The French connection in criminology: Rediscovering crime, law, and social change*. Suny Press: 2005, p.216.

BALKIN, Jack M. Deconstruction's Legal Career. *Cardozo Law Review*, v.27, n.2, 2005, p. 101-102.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p.165-166.

BARNETT, Randy E. Whence Comes Section One? The Abolitionist Origins of the Fourteenth Amendment. *Journal of Legal Analysis*. v.3, n.º 1, Spring 2011, p.246-257.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema – Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p.2

BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.92.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Letteratura Italiana Einaudi: Milano, 1973, p.7-9.

BELL, Derick A. *Race, Racism & American Law*. 6ª ed. New York: Aspen Publishers, 2008, p.8; 85-89.

BERNARDO, Fernanda. Derrida lecteur de Heidegger: de la Destruktion à la Déconstruction - de la mort et de la peine de mort. *Revista Filosófica de Coimbra*. Vol. 25, n.48, out, 2015, p.329.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. 4 ed. Leipzig: Verlag von Felix Meiner. p.30 e ss.

BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. Processo e Catástrofe: a racionalidade do Processo Penal Moderno a partir da Filosofia da História de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 24, v.125, São Paulo, nov., 2016, p.264-265.

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. *Crime and Justice*. V.25. University Chicago Press: 1999, p.5

BRANDÃO, Nuno. Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso in FARIA COSTA *et al.* (orgs.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p.239-266.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 3ed. Gestlegal: Coimbra, 2019, p.377-457

BRONZE, Fernando José Pinto. *Metodologia do Direito*. Coimbra: Coimbra University Press, 2020, p.58.

CAEIRO, Pedro. Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – o caso português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.47-54.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*. Ano 21, n.84, out-dez. 2000, p.33.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativo.[Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas]. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016. 1441 p.

CARRIER, Nicolas; PICHE, Justin. Actualité de l’abolitionnisme. *Champ Pénal*. Dossier: Abolitionnisme. v.XII, 2015, p.s[?]

CARRIER, Nicolas; PICHE, Justin. Des Points aveugles de la Pensée Abolitionniste dans le Monde Universitaire. *Champ Pénal*. Dossier: Abolitionnisme. v.XII, 2015, p.[?].

CARRIER, Nicolas; PICHE, Justin. On (In)justice: Undisciplined Abolitionism in Canada. *Social Justice*. V. 45, n.4, 2018, p.35.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. *Revista Polis e Psique*, v.3, n.3, 2013. p. 143-164.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.48.

CARVALHO, Salo de. Kant contra Beccaria (ou o alerta do liberalismo aos modelos de justiça penal premial). *Revista de Estudos Criminais*. Ano XX, n. 80, 2021, p. 271-273.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*. Coimbra: Almedina, 2002. p.839 e ss.

CASTANHEIRA NEVES, António. Justiça e Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 51, 1975, p.258-263.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O “Jurisprudencialismo” – Proposta de uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito in COELHO, Nuno M. M. Santos; SÁ DA SILVA, Antônio. Teoria do Direito. Direito Interrogado Hoje – O Jurisprudencialismo: uma resposta possível? (Estudos em Homenagem ao Doutor António Castanheira Neves)*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p.43

CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.155 e ss.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade in. DIAS, Augusto Silva et al. (Orgs.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p.3-14.

CASTANHEIRA NEVES. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)*. V. I (a crise). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p.906-921

CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*. London: Routledge, 2004, p.18.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *British Journal of Criminology*. V. 17, n.1. 1977, p.7.

CHRISTIE, Nils. Four Blocks against Insight: Notes on the Oversocialization of Criminologists. *Theoretical Criminology*, Vol.1, 1, 1997, p.13–23.

COHEN, Amy J. Moral Restorative Justice: a Political Genealogy of Activism and Neoliberalism in the United States. *Minnesota Law Review*. 104 (2), Dez-2019, p.889.

CORREIA, Eduardo. *La peine de Mort. Reflexions sur sa problématique et sur le sens de son abolition au Portugal in Pena de Morte*. Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal (Comunicações). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. p.31.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito Penal e Reforma Processual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 16, n.º3, jul-set., 2006, p.385-391.

COYLE, Michael J.; SCOTT, David. *The Routledge International Handbook of Penal Abolition*. Michael Coyle & David Scott (org). New York, Routledge, 2021, p.1-5.

DAEMS, Tom. Book Review: Vincenzo Ruggiero, Penal Abolitionism. *Theoretical Criminology*. v. 16, n.4. Oxford University Press: 2010, p.1.

DALY, Kathleen. Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice in BRAITHWAITE, John; STRANG, H. *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 2000, p. 33-54.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova Razão do Mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Boitempo: 2016, p.20.

DE CASTRO, Lola Aniyar. Fundamentos, Aportes y Líneas de Desarrollo Posibles de una Criminología de la Liberación. *Nuevo Foro Penal*, 29 (1985), p.354.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. “Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de ilegalidade Difusa”. *Revista Direito & Práxis*. v.9, n.1, 2018, p.482.

DE OLIVEIRA, Fátima Cristina Regis Martins. Os processo de subjetivação moderna e suas problematizações na contemporaneidade. *Logos* (UERJ. Impresso), Rio de Janeiro. V.1. 12, p.11.

DE FOLTER, Rolf S. On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault. *Contemporary Crises*, v.10. 1986. p.39

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Claudia Sant’Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2005, p.34-35.

DERRIDA, Jacques. *La Filosofía como Institución*. Trad. A. Azurmendi. Ed. Juan Granica Barcelona, 1983, 186 p.

DERRIDA, Jacques. *Da Hospitalidade – Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar*. Trad. Fernanda Bernardo. 2ªed. Viseu: Palimage, 2019, p.32-39.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – O fundamento mítico da autoridade*. Trad. Fernanda Bernardo. Campo das Letras: 2003, p.12-21.

DERRIDA, Jacques. *Séminaire la Peine de Mort. V.1* Paris : Éditions Galilée, 2012, precisamente as páginas. 23 ; 148-149.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx. O Estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.12-13.

DIAS, Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.43-46.

DIAS, Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, v.43, 1982, p. 9.

DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial. A Criminologia do fim da História. [Tese de Doutorado]. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2012. 309 p.

DIETER, Maurício Stegemann. Lógica Atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. *Revista EPOS*. Vol. IV. n.1 Rio de Janeiro: Jun, 2013.

DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. *Estudos Etico-Políticos sobre Derrida*. 1. ed. Rio de Janeiro: MauadX, Editora PUC-Rio, 2020, p.92-93.

DURKHEIM, Émile. *The Division of Labor in Society*. Trad. George Simpson. 4º ed. New York: The Free Press of Glencoe, 1960, p. 181 e ss

FAVUZZA, Federica. Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy. *Human Rights Law Review*. v.17, n.1, mar., 2017.

FARIA COSTA, José de. *A pena e a morte: um diálogo impossível in Livro comemorativo dos 150 Anos da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p.226-234.

FARIA COSTA, José de. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-secutirário. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 135, n.3934. Coimbra Editora: (set-out), 2005, p. 26-29.

FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 9-13.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2008, p.3-5.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 4ª ed. trad. Roberto Machado.. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984, p.69-79.

FOUCAULT, Michel. *Ditos e Escritos*. Vol. IV. 2 ed. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2006.

FOUCAULT, Michel. Subjetividade e Verdade. trad. Rosemary C. Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.11.

FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir*. Éditions Gallimard, 1969. p.31.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. O Intervalo da Tolerância nas fronteiras da Juridicidade - Fundamentos e Condições de Possibilidade da Projecção Jurídica de uma (re)construção

Normativamente Substancial da exigência de Tolerância. [Tese de Doutoramento]. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012, 678p.

GARLAND, David. Disciplining Criminology. *International Annals of Criminology*, 46(1-2), 2008, p. 19-20.

GARAPON, Antoine *et al.* *Punir em Democracia – e a justiça será.* Trad. Jorge Pinheiro. Instituto Piaget, 2002, p.253-254; 262 e ss.

GLENDINNING, Simon. Derrida and the Philosophy of Law and Justice. *Law Critique*. v.27, 2016, p.193.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, v.2, 2012, p. 66.

HASSEMER, Winfried. *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre in* HASSEMER, Winfried. “Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos, 2000, p.160-170.

HEINER, Robert. The Growth of Incarceration in the Netherlands. *Federal Sentencing Reporter*. Vol. 17, n.3, February. University of California Press: 2015, p.227

HESPAÑA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia.* Publicações Europa-América, 1997, p.16.

HOFFMAN, Martha. Victim Impact Statement. *Western State University Law Review*, v.10, n.2, (Spring 1983), p. 223.

HÖRNLE, Tatjana. Distribution of Punishment: the Role of a Victim’s Perspective. *Buffalo Criminal Law Review*. v.3, n.1, 1999, p.176.

HÖRNLE, Tatjana. Expressive Straftheorien in KOCH, Gertrud. *et al.* *Affekt und Urteil.* Brill Fink: 2015, p.143.

HÖRNLE, Tatjana. A Framework Theory of Punishment. *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law Working Paper N.º. 2021/01.* p.4.

HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien.* 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, 76p.

HUGO, Victor. *Écrites sur la peine de mort. Lecture de Raymond Jean.* Actes Sud :2002, p.250

HULSMAN, Louk. Critical Criminology and the Concept of Crime. *Contemporary Crises*. Vol. 10, 1986, p.313

HUNT, Alan. Law, Society and Political Action: Towards a Strategy under Late Capitalism by Thomas Mathiesen (review). *Journal of Law and Society*. Vol. 9. n.1. London: Academic Press, (Summer, 1982), p.148-150.

KANT, Immanuel. *Prolegomena to Any Future Metaphysics*. Trad. Gary Hatfield. Cambridge University Press, 2004, p. 10.

KIEFER, Audrey. Michel Foucault: Le GIP, l'histoire et l'action. [Tese de Doutorado em Filosofia]. Universidade de Picardia, 2006. 222p. Disponível em: <<https://detentions.files.wordpress.com/2009/03/audrey-kiefer-foucault-le-gip-lhistoire-et-laction1.pdf>>. Acesso em 21 ago 2021.

KIRBY, Michael. Incarceration, injustice, and COVID-19. *Alternative Law Journal*. v.46, n.2, 2021, p.93.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2ª ed. The University of Chicago Press, 1970, p.66.

LEGE, Joachim. *Pragmatismus und Jurisprudenz - Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p.517-523.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Foucault e o abolicionismo penal. [Tese de Doutorado]. Departamento de Pós-Graduação em Direito. João R.W Dornelles (Orientador). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). 2018.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*. Kluwer Academic, 1971, p.32-39; 78-80;

LIMA PEREIRA, Gustavo Oliveira. Da Tolerância à Hospitalidade na Democracia Por Vir. Um Ensaio A Partir Do Pensamento De Jacques Derrida. [Tese de Doutorado]. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012, p.184.

LINHARES, José Manuel Aroso. *Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo – Sumários Desenvolvidos*. p.7.

LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, Violência e Tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Ano XV, n. 26/27. 2014, p.39-48.

LINHARES, José Manuel Aroso. *O Direito como mundo prático autónomo: “equivocos e possibilidades*. Relatório de Segundo Ciclo em Filosofia do Direito. Coimbra, 2013.

LINHARES, José Manuel Aroso. Na «Coroa de Fumo» da Teoria dos Princípios. Poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. CORREIA et al (orgs.) Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.395-421.

LOADER, Ian. For Penal Moderation: Notes Towards a Public Philosophy of Punishment. *Theoretical Criminology*. n. 14. Sage Publications: 2010, p. 355.

LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. The Pennsylvania State University, 1999, Capítulo XVII, p.683.

LYOTARD, Jean-François. *La Condition Postmoderne – Rapport sur le Savoir*. Collection Critique : 1979, p.88.

MACHADO, Jónatas E.M.; DE BRITO, Iolanda Rodrigues. Liberdade de Expressão, informações seguras e figuras públicas. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.95, n.1, 2019, p.59.

MAGALHÃES, Breno Baía. “O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos”. *Revista Direito GV*.v.15, n.2. São Paulo, 2019.

MAIA, Victor. *No Rastro da Desconstrução – uma introdução a Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: MauadX, 2020, p.75.

MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal I. Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. 6ª ed. Vol.1. Verbo, 2010, p.86-91.

MARTINSON, Robert. What Works? Questions and Answers about prison reform. *The Public Interest*. n.49, Spring 1974, p. 49.

MATHIESEN, Thomas. *Prison on Trial*. 3ª ed. Winchester: Waterside Press, 2006, p.109.

MATHIESEN, Tomas. *The Politics of Abolition revisited*. London: Routledge, 2014.

MILOVANOVIC, Dragan. *Postmodern Criminology. Current Issues in Criminal Justice*. Garland Publishing, Inc. New York: 1997, p.3.

MOREY, Miguel. *Foucault e Derrida – Pensamento Francês Contemporâneo*. trad. Filipa Velosa. Atlântico Press, 2015, p. 91.

NEUFELD, Mark. A. Defining Positivism. In. *The Reconstructing of International Relations Theory*. Cambridge University Press, 1995. p.25.

NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: Nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à Teoria Pessoal do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. v.116, set-out, 2015. p.97-99.

NIEDERMEYER, Glaucia Mayara; ORTH, Paloma Machado Graf. [Org.]. *Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo*. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2020, 292p.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. Rupturas ou Continuidades na Administração do conflito penal? Os protagonistas e os processos de institucionalização da justiça restaurativa em Portugal e no Brasil. [Tese de Doutoramento]. Área de especialização: Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Centro de Estudos Sociais CES/UC: 2020, 540 p.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. “A Pandemia da COVID-19 no Cárcere – Impactos e Intervenções Democráticas Esperadas in GIACOMOLLI, Nereu José. “Ciências Criminais e COVID-19”. São Paulo: Tirant Loblanch, 2020. p.52.

RILEY, D. (2007). *The Paradox of Positivism*. *Social Science History*, 31(1), 115-126.

ROBERTS, Dorothy E. Foreword: Abolition Constitutionalism. *Harvard Law Review*. v.133, n.1, nov., 2019, p.7-8.

ROBERTS, Dorothy. Democratizing Criminal Law as an Abolitionist Project. *Faculty Scholarship at Penn Law*, v.111, n.º 6, 2017, p.1604-1607.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal. *Revista do Ministério Público*. Ano 27. n.105. jan-mar, 2006, p.129-133.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Democracia e Criminalidade – entre o risco e a confiança. *Terra de Lei*. n.1, sem.1º, Lisboa, 2012, p.52.

ROJAS, T.Teodoro T. Sanchez. *Punindo a Desinformação: uma análise sobre a criminalização das Fake News por meio do estudo do Bem Jurídico-Penal in VASCONCELOS, Adaylson (Org.) Conhecimento, Experiência e Empatia: A Envoltura do Direito*. Ponta Grossa: Atena, 2021, p. 150-153.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. “Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*”. *Revista Liberdades*. n.15, jan/abr, 2014, p.110.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. trad. Natscheradetz, Palma & Figueiredo. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998, p.16-19.

RUGGIERO, Vincenzo. *Penal Abolitionism: A Celebration*. Oxford Press University, 2010, p.200.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, , 2020, p.5

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Il Futuro Comincia Ora. Le vene aperte del mondo*. Trad. Chirara Calcagno. Roma: Castelvecchi, 2021, p.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa – Um Modelo de Reacção ao Crime *Diferente* da Justiça Penal Porquê, Para quê e Como? [Tese de Doutoramento]. Área de Especialização: Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2013, p.608-610

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a Mediação Penal «de adultos» em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, ano 16, n.º 1, jan-mar., 2006, 86-91.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança. Rupturas e Continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020, p.98-103 e ss.

SANTOS, Cláudia Cruz. Um Crime, Dois Conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.71, mar-abr, 2008, p.44-47.

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. *Fundamentos da Teoria Do Direito: A. Castanheira Neves E O Direito Como Plataforma Civilizacional*. In: Congresso Nacional Do Conpedi, XV, 2006, Manaus. Anais, Florianópolis: José Arthur Boiteaux, 2006, p. [?]

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos; DA SILVA, António Sá. Direito e Pessoa: o Fundamento do Direito em A. Castanheira Neves. *Revista Paradigma*. Ano XX, v.24, n.2. Ribeirão Preto:, 2015, p. 20-21.

SAUTNER, Lyane. *Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umgang mit Straftaten*. Innsbruck: StudienVerlag, 2010, p.37.

SCHEERER, Sebastian. Abolición del Sistema Penal: Una perspectiva en la Criminología Contemporánea. *Derecho Penal y Criminología*. v.8, n.26, maio/ago, 1985, p.205.

SCHEERER, Sebastian. “A punição deve existir! Deve existir o direito penal?”. Trad. Raphael Boldt. (Strafe muss sein! Muss strafrecht sein?). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23, v. 117. nov/dez. São Paulo, p. 363.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *A oportunidade e o Abismo – deslocamentos criminológicos em tempos de pandemia in* GIACOMOLLI, Nereu José. “Ciências Criminais e COVID-19”. São Paulo: Tirant LoBlanch, 2020, p.25-26.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p.25.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992, p.21-22.

SPYCHER, Daniel. *Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe. Von der Notwendigkeit des Vergeltungsgedankens in einem präventionsorientierten Strafrecht*. Berlin: Verlag, 2013, p.55.

STRECK, Lênio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais in *Revista da Ajuris*. n.97, mar., 2005, p.171.

SWIFT, Jonathan. *Gullivers Reisen in unbekannte Länder*. Ngiyaw eBooks, 2008, p.76

TAYLOR, Mark. Desire of law – law of desire. *Cardozo Law Review*. v. 11, n.5-6, 1990, p.1271

TIMM DE SOUZA, Ricardo. Ética e Desconstrução – Justiça e Linguagem desde «*force de loi*». *Veritas*. v.47, n.2. Porto Alegre: 2002, precisamente as páginas 165; 171-172 e 177.

TORGA, Miguel. Pena de Morte *in Pena de Morte*. Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal (Comunicações). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, p.4

TUTU, Desmond Mpilo. *No Future Without Forgiveness*. Doubleday: New York, 1999, p.195-196.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. “A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): Estrutura da Decisão e os limites funcionais do Direito. *Conpedi Law Review*. v.3, n.2, jul/dez., Braga, 2017.

VELOSO, José António. Pena Criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*. ano 59. Lisboa: 1999, 554-555.

VON DER PFORDTEN, Dietmar. *Normative Ethik*. Berlin: De Gruyter, 2010, p.9.

VON DEN PFORDTEN, Dietmar. Normativer Individualismus und das Recht. *Juristen Zeitung*. n.22, nov., 2005, p.1069

VON LISZT, Franz. *Der zweckgedanke im Strafrecht in ZStW*, v. 3, 1883, p.1-47; p.126.

WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault, and the Penal State in the Neoliberal Era. In Zamora, Daniel; BEHRENT, Michael C. *Foucault and Neoliberalism*. Malden: Polity Press, 2016, p. 115-118.

WACQUANT, Loïc. Deadly Symbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mesh. *Punishment and Society*. v.3, n.º1, jan., 2001, p.98-105; 119-121.

WACQUANT, Loïc. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment and Society*. v.5, n.º2, abr., 2003, p. 198-201.

WEBER, Max. Politics as a Vocation. Trad. H.H. Gerth and C. Wright Mills. In. *From Max Weber: Essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, 1946, p.77-128.

WILLOWEIT, Dietmar. *Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße*. Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit, in HILGENDORF, Eric; WEITZEL, Jürgen (Org.). *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*. Berlin: 2007, p. 37-58.

JURISPRUDÊNCIA

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Verfassungsbeschwerden decidida por unanimidade em 7 de novembro de 2011. (1 BvR 1403/09). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/11/rk20111107_1bvr140309.html. Acesso em: 07 out. 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación SU.559/97. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 06 out. 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Sentencia T-153/98) Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 06 out. 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Sentencia T-025/04). Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 07 out. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Sentencia de 19 de enero de 1995. *Neira Alegría y otros v. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Acesso em: 06 out. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BR). *Habeas Corpus* 142513/ES (2009/0141063-4). Relator Ministro Nilson Naves, Data de Julgamento: 23/03/2010, Sexta Turma, Data de Publicação: 10/05/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BR). Recurso Especial 1626583/SC (2016/0244612-6). Relator Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento 06/05/2021. Decisão Monocrática. Data de Publicação: 17/05/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BR). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (ADPF – 347). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 08 out. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Torreggiani e altri versus Italia*. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7400&filename=002-7400.pdf&TID=thkbhnilzk>. Acesso em: 08 out. 2021

UNITED STATES SUPREME COURT. *Brown, et al. v. Plata, et al.* (563 U.S. 493/2011). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/493/>. Acesso em: 08 out. 2021.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Flowers v. Mississippi*. (588 U.S. 17-9575/2019). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/588/17-9572/>. Acesso em: 18 out. 2021.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Batson v. Kentucky*. (476 U.S.79/1986). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/79/>. Acesso em 20 out. 2021.

OUTROS DOCUMENTOS

ASSEMBLÉE NATIONALE DE LA FRANCE. Discurso Parlamentar de 15 de setembro de 1848 por Victor Hugo. Disponível em: <https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-discours-parlementaires/victor-hugo-15-septembre-1848>. Acesso em: 30 set. 2021.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. Incarceration Rates of Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples. 2017. Disponível em: [alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/discussion_paper_84_compressed_cover2.pdf](https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/discussion_paper_84_compressed_cover2.pdf). Acesso em: 20 out. 2021. Ver páginas 26-27; 177-186.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. Judicial Impartiality – Cognitive and Social Biases in Judicial Decision-Making. 2021. Disponível em: <https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2021/04/JI6-Cognitive-Biases-in-Judicial-Decision-Making.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021. Ver páginas 11-16.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp. Acesso em 02 out. 2021.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS. Decreto-Lei n.º 78/87 de 17 de Fevereiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 29 ago. 2021.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2021

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução 1/2020. . Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 02 out.2021.

CONNECTAS. Apelo à ONU. Disponível em: <https://connectas.org/wp-content/uploads/2020/04/Apelo-Urgente-container-.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 08 out. 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2021.

CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA (1532). Disponível em: «<https://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>». Acesso em: 05 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Recomendação n.º62/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 02 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Recomendação n.º78/2020 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480> recomendação 78. Acesso em 02 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Monitoramento COVID-19. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-6.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Monitoramento COVID-19. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-2021-info-06-10-21.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Projeto Cidadania nos Presídios. Disponível em: <https://wwwh.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 07 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNP/CP). Resolução n.º 5 de 25 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2016/resolucao-no-5-de-25-novembro-de-2016/view>. Acesso em: 03 out. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 02 out. 2021.

DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP). Lotação e Reclusos existentes em 31 de dezembro de 2020. Disponível em: https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2020/q03-2020.pdf?ver=c4CL485t87QZMQAJ_zegSQ%3d%3d. Acesso em: 03 out. 2021.

DIREÇÃO-GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS (DGRSP). Lotação e Reclusos existentes em 31 de dezembro de 2015. Disponível em: https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2015/2016060210060903lot_recl-31122015.pdf?ver=2018-12-14-100403-303. Acesso em: 03 out. 2021.

FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE. Rule 24. Trial Jurors. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_24. Acesso em: 20 out. 2021.

FOURTEENTH AMENDMENT TO THE UNITED STATES CONSTITUTION. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>. Acesso em: 12 out. 2021.

INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE. Disponível em: https://interagencystandingcommittee.org/system/files/2020-11/IASC%20Interim%20Guidance%20on%20COVID-19%20-%20Focus%20on%20Persons%20Deprived%20of%20Their%20Liberty_0.pdf. Acesso em 02 out. 2021.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Resolution 73/175 adopted on 17 December 2018. Disponível em: <https://www.undocs.org/A/RES/73/175>. Acesso em: 30 set. 2021.

UNITED NATIONS STANDARD MINIMUM RULES FOR NON-CUSTODIAL MEASURES (*The Tokyo Rule*), Assembleia Geral. Resolução 45/110 de 1990. Disponível em: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/tokyorules.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Title 18 of the United States Code. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3626>. Acesso em: 08 out. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Constitutional Amendments. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-8/>. Acesso em: 08 out. 2021.

REGIME DE JÚRI EM PROCESSO PENAL. Decreto-Lei 387-A, de 29 de Dezembro de 1987. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=315&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 20 out. 2021.

REGIME DE MEDIAÇÃO PENAL. Lei n.º21, de 12 de Junho de 2007. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em: 15 out. 2021.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (SISDEPEN). Presos em Unidades Prisionais do Brasil – Julho a Dezembro de 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 03 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição Inicial. ADPF 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>. Acesso em: 07 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Parecer de Juarez Tavares. ADPF 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589053&prcID=4783560&ad=s#>. Acesso em: 07 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n.º56. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 03 out. 2021.

WORLD PRISON BRIEF DATA. Prison Population Trend in Netherlands (2000-2018). Disponível em: «<https://www.prisonstudies.org/country/netherlands>». Acesso em: 10 ago. 2021.