

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍCAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND
ALESSANDRA AFONSO GUSMÃO

ABOLICIONISMO PENAL:
UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA OBRA DE LOUK HULSMAN

Rio de Janeiro
2017/2º Semestre

ALESSANDRA AFONSO GUSMÃO

ABOLICIONISMO PENAL

Uma abordagem crítica da obra de Louk Hulsman

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Rio de Janeiro

2017/2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ALESSANDRA AFONSO GUSMÃO

ABOLICIONISMO PENAL:

Uma abordagem crítica da obra de Louk Hulsman

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Data da Aprovação: ___/___/___.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2º Semestre

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto teórico a análise crítica da proposta de abolicionismo penal na obra de Louk Hulsman. Para tanto, apresento uma definição do sistema penal a partir da Criminologia crítica e radical como forma de balizar a apresentação das teorias de ruptura ou superação do Direito Penal. Descrevo a formulação do abolicionismo penal na obra de Louk Hulsman, bem como a reflexão de Pachukanis sobre a forma jurídica. Por fim, busco construir um diálogo crítico entre estes autores, com o objetivo de realizar uma crítica dos fundamentos da formulação de Hulsman a partir da obra de E.B Pachukanis, buscando demonstrar que a reflexão de Hulsman não alcança a especificidade histórica da forma jurídico-penal.

Palavras-chave: Direito; Abolicionismo penal; Criminologia Crítica; E.B Pachukanis; Louk Hulsman.

ABSTRACT

The present work has as theoretical object the critical analysis of the proposal of penal abolitionism in the work of Louk Hulsman. In order to do so, I present a definition of the criminal system based on critical and radical Criminology as a way of presenting the theories of rupture or overcoming of Criminal Law. I describe the formulation of penal abolitionism in Louk Hulsman's work, as well as Pachukanis's reflection on legal form. Finally, I try to construct a critical dialogue between these authors, with the objective of criticizing the foundations of Hulsman's formulation from the work of EB Pachukanis, seeking to demonstrate that Hulsman's reflection does not reach the historical specificity of the legal-penal form.

Key Words: Law, Penal Abolitionism; Critical Criminology; E.B Pachukanis;

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
<u>1 A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL.....</u>	<u>11</u>
<u>1.1 O PERCURSO TEÓRICO DA CRIMINOLOGIA.....</u>	<u>11</u>
<u>1.2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....</u>	<u>17</u>
<u>2. O DIREITO PENAL EM LOUK HULSMAN E E.B. PACHUKANIS.....</u>	<u>22</u>
<u>2.1 O ABOLICIONISMO PENAL DE LOUK HULSMAN</u>	<u>22</u>
<u>2.2 APONTAMENTOS SOBRE TEORIA GERAL DO DIREITO E O MARXISMO..</u>	<u>28</u>
<u>2.2.1 A forma jurídica.....</u>	<u>28</u>
<u>2.2.2 A Retribuição Equivalente e o Direito Penal.....</u>	<u>32</u>
<u>3. UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA OBRA DE LOUK HULSMAN.....</u>	<u>36</u>
<u>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>39</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>41</u>

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema o abolicionismo penal na obra de Louk Hulsman, fundamentalmente em seu principal trabalho, *Penas Perdidas. O Sistema Penal em questão*. Busco analisar se as alternativas ao sistema penal propostas pelo referido autor, em sua formulação teórica do abolicionismo penal, pressupõem a superação da forma de equivalência jurídica, entendida por E. B. Pachukanis como determinante do Direito Penal.

Cabe destacar que não realizo um estudo exaustivo das principais formulações existentes sobre o Abolicionismo Penal, delimito, portanto, a abordagem do tema à obra de Louk Hulsman, por sua importância e impacto na teoria criminológica abolicionista.

Para tanto, em primeiro lugar, é feito um breve apanhado geral das principais correntes criminológicas, das conservadoras e liberais até a criminologia crítica, em seu viés marxista. Tal panorama tem por objetivo construir direito penal enquanto um objeto teórico.

Assim, a apresentação da criminologia crítica nesta monografia tem por objetivo apontar a noção do sistema penal enquanto um mecanismo de manutenção das relações de produção, de dominação de classe e de aprofundamento das desigualdades sociais. E, a partir de tal visão serão analisadas as teorias de ruptura e superação do sistema penal de Hulsman e Pachukanis, bem como será feito um contraponto entre estas.

Em seguida é feita uma descrição do abolicionismo penal proposto por Louk Hulsman, bem como de suas propostas de formas alternativas para resolução do que o autor denomina de “situações problemáticas”.

Hulsman, em sua principal obra, *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*, aponta os inúmeros motivos para a necessária abolição do sistema penal. Dentre eles aponta que o domínio da justiça penal e dos meios de comunicação de massa impõem imagens maniqueístas para difundir a luta entre o bem e o mal; que o crime é um mecanismo criado pelo homem, dessa forma, não há que se falar em uma natureza

ontológica do mesmo; que os envolvidos nas “questões problemáticas” têm suas perspectivas ignoradas, tendo em vista que o sistema possui uma natureza burocrática que contribui para tal exclusão; que o cárcere é uma forma infringir um sofrimento estéril e sem sentido, que em nada contribui para a ressocialização do preso, pelo contrário, destrói a personalidade e a sociabilidade dos sujeitos a ele submetidos, o sistema penal fabrica culpados, e cumpre um papel estigmatizante, na medida em que exclui os indivíduos da sociabilidade.

Diante de tais motivos, Hulsman propõe a supressão total e absoluta do sistema penal, abrangido pelo ordenamento jurídico penal e aparato punitivo. O autor traz em seu trabalho a necessidade de substituição do mesmo por outras instâncias de resolução de conflitos, o que perpassa pela substituição da linguagem; pela ruptura com a ideia de crime; bem como pela aproximação entre os envolvidos nos conflitos.

Após, é apresentada uma reflexão acerca da obra de E. B. Pachukanis *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, especificamente do seu capítulo 7, “Direito e Violação do Direito”, onde o autor trabalha o Direito Penal.

A título de conclusão dedico-me a responder a problemática constitutiva do trabalho, apresentando a noção de que a teoria abolicionista de Louk Hulsman apresenta limitações na medida em que não leva em consideração a estrutura social do modo de produção enquanto determinante do sistema penal – como retribuição equivalente, conceito utilizado por E. B. Pachukanis. Assim sendo, ainda que surjam medidas alternativas ao direito penal, sua forma ainda seria determinada pelas mesmas bases sociais que determinam o que hoje denominamos crime e suas causas.

1 A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL

1.1 O PERCURSO TEÓRICO DA CRIMINOLOGIA

A criminologia está longe de ser um campo do conhecimento homogêneo e monolítico. Quando falamos em criminologia estamos lidando com diversas teorias criminológicas distintas.

Nos países industrializados do ocidente, após a Segunda Guerra, há um rompimento com as teorias genéticas e psicológicas, bem como com outras teorias sobre a “perversidade humana” para explicar as causas do crime. Desenvolve-se, neste momento, uma teoria criminológica que estuda as “causas ambientais, preocupada com privações materiais, lares desfeitos, áreas desorganizadas e pobres etc.”. Tal criminologia, segundo Cirino dos Santos, trabalha com dois grupos de fatores básicos, quais sejam a subsocialização (quando há insuficiente assimilação de valores culturais) e a corrupção individual (que trata da assimilação deformada dos valores culturais). Há uma justificação natural para a punição de acordo esta tendência teórica: sendo ela uma medida anticriminal oficial, justificava-se como correção ressocializadora e oportunidade para arrependimento. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.2-3).

Nesta orientação teórica, há uma conjugação entre as duas tendências da criminologia dominante: “conservadoras (teorias clássicas e positivistas biológicas) e liberais (teorias positivistas sociológicas e as fenomenologias do crime)” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.3)

As teorias conservadoras têm uma ideologia essencialmente repressiva. Sendo elas fundadas na hierarquia e na dominação, com bases na lei e na ordem, cumprem um papel legitimador da ordem social desigual. Tais teorias, como leciona Cirino dos Santos:

“caracterizam-se pela descrição da organização social para o estudo do comportamento criminoso ou desviante e, por isso, a base das medidas de repressão e correção do crime o do desvio” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.3)

Já as teorias liberais caracterizam-se, fundamentalmente pela prescrição de reformas. Conforme Cirino dos Santos, concentram-se

“em pesquisas sociológicas para sugerir mudanças institucionais (descriminalização, tratamento penitenciário etc.) e sociais (habitação, assistência etc.) como meios de prevenção do comportamento anti-social. A ideologia liberal separa a atividade teórica do cientista, limitando a sugerir ou aconselhar, e a prática política do administrador, o homem de decisão atento às necessidades concretas: o assessoramento do administrador por cientistas e técnicos, incumbidos do trabalho abstrato, exprimiria a subordinação da ciência aos imperativos políticos.” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.3)

A tendência da criminologia atual, em sua maioria, é a liberal. No entanto, há uma conexão ideológica entre conservadores e liberais, que forma uma “criminologia correccionalista”, caracterizada pela noção comum de que existe uma maioria do comportamento social denominada convencional, e uma minoria do comportamento social, denominada não convencional. A primeira é ajustada aos parâmetros normativos, enquanto a segunda constitui-se do crime e do desvio. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.3)

“O enfoque comum de conservadores e liberais não questiona a estrutura social, ou suas instituições jurídicas e políticas (expressivas de consenso geral), mas se dirige para o estudo da minoria criminosa, elaborando etiologias do crime fundadas em patologia individual, em traumas e privações da vida passada, em condicionamentos deformadores do sistema nervoso autônomo, em anomalias na estrutura genética ou cromossômica individual etc., em relação com as circunstâncias presentes, cuja recorrência produz tendências fixadas, psicológicas, fisiológicas ou outras” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.4)

Há inúmeras divergências entre os sociólogos positivistas, teóricos do conflito ou do *laneling approach*, dentre outros. Quando falamos nesta hegemonia conservadora e liberal, não se trata de explicá-la por uma convergência teórica e metodológica. Em verdade, tal dominação se explica a partir do “significado ideológico comum de seus postulados fundamentais” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.10).

Para a teoria criminológica dominante, o ponto de partida é o conceito de crime: crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, estando excluídos da opressão penal comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam, como, por exemplo, o imperialismo, a exploração do trabalho, a homofobia, o genocídio (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.11). Estão excluídos também

Comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos pela justiça criminal, como a criminalidade de “colarinho branco” (fixação monopolista de preços, evasão de impostos, corrupção governamental, poluição do meio ambiente, fraudes ao consumidor, e todas as

formas de abuso de poder econômico, que não aparecem nas estatísticas criminais). (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.11)

Tanto nas teorias conservadoras quanto nas liberais, o criminólogo teria uma posição de neutralidade no estudo desta etiologia, ocuparia uma posição independente de interesses pessoais, bem como “do sistema de reação contra o crime, com seus posicionamentos políticos e ideológicos.” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.4)

A questão aparentemente neutra e incontroversa da definição legal de crime – ou da atuação da justiça criminal, indicada nas estatísticas criminais –, como base do trabalho teórico da criminologia tradicional manifesta um conteúdo ideológico nítido, que condiciona e deforma toda a teoria e pesquisa, reduzida à descoberta das *causas* do comportamento criminoso. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.11)

Dessa forma, ao contrário do que pretendem liberais e conservadores em seu discurso, é impossível falar em neutralidade axiológica ao se produzir uma teoria científica. Dessa forma, as diferenças aqui mencionadas existentes entre as inúmeras teorias criminológicas não residem apenas em seu aspecto formal, no que diz respeito ao objeto, conceito e método da ciência criminológica

mas também, e especialmente, nos critérios de conteúdo político que inserem as várias teorias no contexto geral das relações de produção e reprodução das relações político-econômicas que definem a estrutura social. (SANTOS DE ALMEIDA, 2011, p. 72)

De acordo com SANTOS DE ALMEIDA, a teoria criminológica “deve partir da base concreta de seu objeto real para atingir as abstrações da teoria, a fim de reconstruir – criticamente – o objeto científico”. (SANTOS DE ALMEIDA, 2011, p. 73). Nesse sentido, numa análise mais detalhada apresentada pelo autor, o comportamento criminoso pode ser definido a partir:

(a.1) do positivismo biológico; (a.2) do positivismo sociológico; (b) das teorias clássicas e radicalizadas pelo positivismo jurídico; (c) das teorias fenomenológicas e naturalistas; (d) das teorias rotuladoras ou interacionistas; e (e) das teorias radicais marxistas, (...) respectivamente, do ponto de vista: a) das causas eficientes que o determinam, (a.1) biológicas ou psicológicas, (a.2) sociológicas ou ambientais; b) das causas formais caracterizadas pelas definições de crime; c) das representações do sujeito desse comportamento, ao nível da experiência subjetiva como definida pelo próprio sujeito; d) da reação social dos aparelhos de controle social e dos processos de rotulação e estigmatização, e sua influência no comportamento futuro do sujeito; e) da natureza de classe da definição e repressão seletivas do comportamento criminoso, reveladas pela

significação política ou conteúdo ideológico do controle social nas formações sociais divididas em classes. (SANTOS DE ALMEIDA, 2011, p. 73)

O presente trabalho toma como pressuposto de análise, para entender o fenômeno do Direito Penal, as últimas, quais sejam, as teorias radicais marxistas.

A criminologia crítica é um movimento tudo menos que homogêneo, assim, importante elucidar que a criminologia crítica marxista (que Cirino dos Santos denomina de criminologia “radical”) trabalha

(...) para a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo. (BARATTA, 1999, p.159)

A passagem da criminologia liberal à criminologia crítica se deu de forma lenta e gradual, “sem uma verdadeira e própria solução de continuidade” (BARATTA, 1999, p.159). As teorias baseadas no *labeling approach* foram um importante marco desta transição. O *labeling approach* (ou teoria do etiquetamento social) origina-se no século XX, esta teoria nega a existência do crime como realidade ontológica, sendo o mesmo, portanto, “um fenômeno social produzido por normas e valores” (SANTOS DE ALMEIDA, 2011, p. 85) e não “coisa” explicável por etiologias causais, como nas teorias positivistas clássicas. Tal descoberta teórica possibilitou o deslocamento do objeto de estudo, o crime passa a ser um ato qualificado como criminoso, deixa, assim, de ser entendido enquanto dado ontológico pré-constituído. Neste novo paradigma o comportamento criminoso é definido enquanto “qualidade atribuída por agências de controle social mediante aplicação de regras e sanções” ao passo que criminoso seria “o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso” (CIRINO DOS SANTOS, 2013, p.2)

Conforme lição de CIRINO DOS SANTOS, o *labeling approach* se fundamenta em duas ordens de conceitos principais:

1) a existência do crime depende da natureza do ato (violação da norma) e da reação social contra o ato (rotulação): o crime "não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social" (Becker, 1963, p. 8);

2) não é o crime que produz o controle social, mas (freqüentemente) o controle social que produz o crime: a) comportamento desviante é comportamento rotulado como desviante; b) um homem pode se tornar desviante porque uma infração inicial foi rotulada como desviante; c) os índices de crime (e desvio) são afetados pela atuação do controle social. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.19)

O *labeling approach* teve, sem sombra de dúvidas, um papel histórico fundamental no âmbito da criminologia. No entanto, a partir deste marco teórico não houve um rompimento com a criminologia liberal, significando, desta forma, apenas um ponto de partida para os teóricos da criminologia crítica que surgiria posteriormente. Assim sendo, segundo Cirino dos Santos:

O *labeling approach* representa condição necessária, mas insuficiente para formação da Criminologia crítica, como dizia BARATTA: condição necessária porque mostra o comportamento criminoso como consequência da aplicação de regras e sanções pelo sistema penal – e não como qualidade da ação, segundo a etiologia positivista; mas condição insuficiente, porque incapaz de indicar os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas – a relação capital/trabalho assalariado –, suscetível de mostrar que o poder de definir crimes e de atribuir a qualidade de criminoso corresponde às desigualdades sociais em propriedade e poder das sociedades contemporâneas. A integração dos processos subjetivos de construção social da criminalidade, estudados pelo *labeling approach*, com os processos objetivos estruturais e ideológicos das relações sociais de produção da vida material, definidos pela teoria marxista – especialmente nas interpretações modernas de GRAMSCI e de HABERMAS, por exemplo, lançou as bases de formação da Criminologia crítica na Europa e, depois, na América Latina. (CIRINO DOS SANTOS, 2013, p. 2-3)

A partir desta base teórica, surge o que Cirino dos santos denomina de “uma espécie de frente popular da fenomenologia e do marxismo” conhecida como sociologia do desajuste. Tal orientação se transforma no enfoque mais popular da criminologia americana nos anos 70, e preocupa-se com o chamado “crime expressivo, ligado à produção de prazer (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.21):

a maconha, e não o roubo; a prostituição, e não o homicídio; o crime sem-vítima, e não o crime utilitário (Young, 1980, p. 80). A proposta prática dessa orientação está na base das tendências modernas na área do crime e do controle social: descriminalização, despenalização, desinstitucionalização, substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes etc. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.21)

“Enfatizando a violência sutil da vida diária, o crime como forma de “rebelião política primitiva”, ou “expressão de liberdade”” a sociologia do desajuste tem a pretensão

de construir-se enquanto teoria política contra a política do controle. Tal pretensão surge a partir do momento em que verifica “que a ideologia do controle determina, em parte, o desvio (formas, imagens e taxas) e que define o controle do crime como política” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.22).

(...)enquanto o positivismo nega vontade própria ao desviante, a *sociologia do desajuste* se dirige para o interior dele, em atitude de defesa e de compreensão, rejeitando a noção de que "pode ser como nós", vendo-o não como homem cujos "mecanismos de cópia falharam", mas como ser dotado de racionalidade, com método em sua loucura. O positivismo destaca a ordem e as regras, sua respeitabilidade e violação, mas a *sociologia do desajuste* indica que o "outro lado da ordem" é liberdade - e não caos -, envolvendo o desviante em uma aura romântica: é o homem "duro", que não treme, que prova seus nervos e habilidades ao extremo, cuja "natureza está saturada de risco", experimentando sua liberdade contra "as sensibilidades submetidas à camisa-de-força" (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.23)

Cirino dos Santos afirma que tal vertente é repudiada, tendo em vista que “essa posição de simpatia” da sociologia do desajuste seria uma “máscara do liberalismo”, uma vez que não assume compromissos:

A *psicologia social* de Goffman é uma "acomodação à organização de poder existente" e sua dramaturgia "uma impostura" que permite "suportar derrotas" sob o pretexto de que "não são para valer"; a *sociologia* de Becker é um "novo tipo de carreirismo", que aponta as deficiências do controle social mas se limita aos funcionários inferiores (Gouldner, 1973) - ou, então, como expressão de um radicalismo aparente, que exclui as relações de poder (e de classes) da sociedade e, de qualquer forma, não esclarece o desvio inicial, origem da rotulação. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 23)

A teoria do desajuste trouxe a novidade de colocar “a problemática do etiquetamento, da estigmatização e da estereotipia criminal em relação com aparelhos de controle social”, mas sua crítica reduz-se à descrição. Segundo Cirino dos Santos,

A teoria da *sociologia do desajuste* é politicamente limitada e historicamente confusa: não compreende a estrutura de classes da sociedade, não identifica as relações de poder político e de exploração econômica (e sua interdependência) do modo de produção capitalista e, definitivamente, não toma posição nas lutas fundamentais da sociedade moderna. Enfim, a estrutura teórica e metodológica e a política subjetivista e romântica da teoria, embora de utilidade - e relativamente crítica - nos limites inter-subjetivos de seu marco teórico (Bustamente, 1977, p. 213-26), não define uma posição radical, no sentido do *radicalismo* da Criminologia Radical. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.24)

O pensamento criminológico passa pelas teorias conservadoras, tanto as clássicas quanto as positivistas, pelas teorias liberais, que nos anos 60 constrói sua vertente mais

crítica (*labeling approach*), e evolui, na década de 70, para o chamado idealismo de esquerda”, com variantes com amplo impacto popular, como a criminologia da denúncia (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 25), cujo enfoque

se concentra no comportamento dos poderosos, denunciando os defeitos das elites de poder econômico e político da sociedade, para mostrar que os que fazem as leis são, também, os maiores violadores dessas leis. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 25)

Cirino dos Santos critica tal enfoque no seguinte sentido:

A utilidade da denúncia social dos abusos do poder econômico e político, em estreita relação com um jornalismo "exposé", alimentando as pesquisas sobre criminalidade do "colarinho branco", é prejudicada pela ausência de definição clara de seus objetivos políticos e compromissos ideológicos, no quadro das lutas sociais do capitalismo monopolista transnacional: o enfoque carece de uma estrutura conceitual e metodológica capaz de extrair todas as conseqüências teóricas e práticas do seu objeto de estudo. O resultado é sua agonia resignada, em espasmos de indignação moral diante das desigualdades sociais nos processos políticos de definição de crimes e nas práticas judiciais de gestão diferencial do processo penal e de aplicação da pena criminal, escandalizado com os duplos padrões de moralidade das classes dominantes. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 26)

O idealismo de esquerda e o reformismo surgem como as principais tendências dentro dos aportes criminológicos ligados à teoria marxista, e representam “desvios *voluntaristas e economicistas* nas questões do crime e do controle social”. O primeiro “se constitui, historicamente, como a ideologia radical de grupos sociais marginalizados”, representados, por exemplo, pelos

Militantes do "poder negro", nos Estados Unidos: George Jackson (1971, p. 156 e ss.), Angela Davis (1971, p. 27-47), Bobby Seale (1971, p. 121-2), Huey Newton (1971, p. 60-64), Stockely Carmichael (1968, p. 46-68) etc., cuja oposição à violência e à coercitividade da ordem social assume um caráter voluntarista: homens livres devem rejeitar uma sociedade desigual e opressiva. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 27)

O idealismo de esquerda trabalha com a tese de que a lei é “expressão direta” “dos interesses das classes dominantes”, classe esta que controla “os meios de produção e de reprodução ideológica de classe”. Tal tese, Segundo Cirino dos Santos

permite definir o comportamento da classe trabalhadora e dos marginalizados sociais normalmente como crime, porque se opõe aos interesses das classes

dominantes e à lei que expressa esses interesses. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 28)

O radicalismo da esquerda idealista possui uma estratégia bem definida, qual seja, a “abolição do controle social burguês”. Tal objetivo perpassa pela extinção de instituições definidas como “inimigas da classe trabalhadora” e “funcionais para o capitalismo” como prisão, polícia, meios de comunicação de massa, família nuclear etc. Nesta vertente não se fala em reformar, mas em “destruir estas instituições e promover sua substituição por instituições proletárias”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 29)

Já o reformismo não possui a tradição mitante do idealismo de esquerda.

A característica básica da ideologia *reformista*, em relação ao Direito e ao Estado, por exemplo, é a crença *passiva* no "processo de dissolução *do* capitalismo *no* socialismo" - portanto, uma projeção histórica da II Internacional - e, por outro lado, a crença *ativa* no Estado intervencionista, capaz de realizar a correção progressiva de desigualdades sociais por reformas jurídicas. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 30)

Para o idealismo de esquerda o crime é um “fenômeno natural”, ele existe em qualquer sociedade, muito embora em maior quantidade no capitalismo. Tal fenômeno pode ser reduzido por meio de mudanças que eliminem os fatores da “criminalidade determinada”, que está ligada à patologia individual, como carências, subnutrição, defeitos mentais etc., bem como do “crime voluntário” “relacionado ao individualismo egoísta da competição capitalista” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 30).

Cirino dos Santos elucida as limitações mais importantes, comuns entre estas duas vertentes da criminologia, quais sejam:

a ausência de explicações estruturais da criminalização dos grupos sociais subjugados e marginalizados - esclarecendo a posição do pobre como "bode expiatório" da violência institucional-, a falta de aprofundamento nas contradições do capitalismo na era da transnacionalização do capital monopolista e a carência de adequada compreensão da natureza contraditória da *aparência* dos fenômenos sociais e institucionais da sociedade capitalista, que vinculam problemas de *conteúdo* com questões de *forma*, como mostra a mais autorizada teoria marxista sobre crime, controle social, Direito e Estado. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 32)

A criminologia crítica, em seu viés radical marxista, denominada por Cirino dos Santos de “Criminologia Radical”, postula que as contradições da teoria só podem ser de fato resolvidas a partir de mudanças da base estrutural da sociedade – “cujas contradições concretas produzem e explicam as contradições da teoria”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 32)

Dessa forma, os criminólogos radicais propõem uma luta em dois níveis: no nível formal e no nível material.

Quando falam em luta no nível formal, os criminólogos radicais rejeitam a ideologia da esquerda idealista, na medida em que a proclamação de expressões como “o direito burguês é uma vergonha”, ou “ a legalidade é uma forma de cooptação” não leva em consideração o fato de que

a conquista formal da igualdade nas áreas da proteção individual, do direito criminal e da prisão, por exemplo, pode determinar uma redução da população das prisões, a reconstituição de sua "clientela" e a progressiva transformação da prisão, de instituição *sem lei* para instituição *legalizada* - O que coincide com o interesse das classes trabalhadoras e de todos os marginalizados sociais e oprimidos, em geral, no capitalismo; (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 32)

Já a luta no nível material propõe a rejeição da posição de que a luta formal é um fim em si. Tal defesa vai contra a ideologia reformista acima descrita, uma vez que esta omite-se “das questões políticas e ideológicas do capitalismo contemporâneo”. Paralelamente, a luta no nível formal representa a “construção de uma concepção de crime fundada na posição de classe do autor e orientada para a definição de responsabilidades coletivas”, que seja capaz de “superar critérios individualistas e pessoais da moderna teoria do crime e da pena”. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 32)

A evolução histórica destas diferentes teorias do sistema penal marcam, como observa Zaffaroni, um processo de deslegitimação do próprio sistema penal. Enquanto as primeiras cumprem um papel legitimador, as últimas se empenham em deslegitimar o sistema penal e o aparato punitivo.

Fundamentado no pensamento criminológico crítico, Eugenio Zaffaroni apresenta um panorama da deslegitimação do direito penal. Diante do fato de que o sistema penal

não abrange puramente os mecanismos visíveis de coerção estatal, mas inclui, ainda, um aparato teórico que tem como função a legitimação do próprio sistema penal.

A tese de Zaffaroni, em sua obra “Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal”, se investe justamente contra este aparato legitimador supramencionado.

Tal autor sustenta que a deslegitimação dos sistemas penais e o desprestígio dos discursos jurídico-penais se deram ao longo de um processo de revelação de dados reais, bem como, em paralelo, por um empobrecimento filosófico do discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 1989, p. 45).

Segundo Zaffaroni, na América Latina a deslegitimação do sistema penal é resultante da evidência dos próprios fatos. “Sempre se soube que o discurso jurídico penal latino-americano é falso” (ZAFFARONI, 1989, p. 14), ocorre que neste momento crítico, não é mais possível manter o argumento de transitoriedade desta situação. Não há mais hipótese de apresentá-la como resultado de meros defeitos conjunturais de nossos sistemas penais, que seriam produzidos pelo subdesenvolvimento de nossa região, e que é possível recuperar por meio de um desenvolvimento progressivo. Desta forma:

Hoje temos consciência que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais. (ZAFFARONI, 1989, p. 15).

A realidade dos próprios fatos da vida material e cotidiana do sistema penal está para “além dos limites teóricos porque atinge diretamente a consciência ética, não requerendo qualquer demonstração científica porque é “perceptível”” (ZAFFARONI, 1989, p. 38).

Zaffaroni aponta para o fato de que há, na verdade, um empobrecimento dos discursos legitimantes. Não obstante, tal deslegitimação e desprestígio não surgem pura e exclusivamente nos marcos teóricos,

“mas resultaram de um longo processo de revelação de dados reais, acompanhado de um paralelo empobrecimento filisófico do discurso jurídico penal, que permitiu a sobrevivência – quase que intactas neste discurso – de concepções do homem ou de antropologias filosóficas há muitas décadas desaparecidas das correntes gerais do pensamento. (ZAFFARONI, 1989, p. 45-46).

As teorias críticas acima descritas, encontram-se dentre as vertentes deslegitimantes do sistema penal. Além destas, a teoria da equivalência jurídica de E.P. Pachukanis, e o abolicionismo penal de Louk Hulsman, localizam-se no marco teórico da deslegitimação e serão mais amplamente debatidas nos tópicos que seguem.

1.2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Neste momento, busco analisar mais pormenorizadamente a vertente criminológica crítica, com o objetivo construir uma noção do sistema penal, a partir da qual resta evidente a necessidade de se estudar as teorias de ruptura e superação de tal sistema, o que no presente trabalho é feito a partir de um contraponto entre as noções de Hulsman e Pachukanis.

Se por um lado a criminologia, em suas orientações positivistas, explica o crime a partir de uma perspectiva deste fenômeno social como um produto etiológico de causas determinantes, onde o sujeito é privado de racionalidade e poder de escolha (característica do *labeling approach*), ou como produto de uma “razão pervertida”, uma “forma pura” somente controlada pela força do Estado (orientação clássica), por outro lado, “a Criminologia Radical se empenha na tarefa de uma análise materialista do crime e do sistema de controle social” (ZAFFARONI, 1989, p. 38).

A criminologia crítica percorre dois principais caminhos em contraposição à velha criminologia positivista. Segundo Baratta, em primeiro lugar, o enfoque teórico deixa de ser o autor e passa às “condições objetivas, estruturais, funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio”. Numa segunda etapa deste caminho, o interesse cognoscitivo é deslocado “das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a “realidade social” do desvio”, isto é, “para os mecanismos

através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização”. (BARATTA, 1999, p.160)

Dessa forma, segundo Cirino dos Santos:

A crítica à criminologia tradicional, que explica o crime como "anomalia" do sujeito, ou como "realidade ontológica" pré-constituída ao sistema de justiça criminal, originou a transposição da abordagem teórica do *autor* para as *condições objetivas* estruturais do fenômeno criminoso, assim como a mudança do interesse científico sobre *causas do crime* para o interesse científico sobre *mecanismos de controle social* que constroem, pelos processos de criminalização constituídos pela criação e aplicação da lei penal, o fenômeno do crime como "realidade social construída". (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.44)

A criminologia crítica surge em oposição às teorias criminológicas tradicionais. Ao contrário do método positivista de causas biológicas, psicológicas e ambientais, mencionado acima, a criminologia crítica traz consigo uma mudança do objeto e do método de estudo. O objeto, que na criminologia tradicional é a criminalidade, como dado ontológico, passa para a criminalização, como realidade constituída. O crime passa a ser mostrado, nesta perspectiva, “como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal” e, desta forma, “constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preceitos e outras idiosincrasias pessoais”, “desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas, etc.” (Cirino dos santos, 2013, p. 1). Bem como o método utilizado para o estudo do objeto deixa de ser o etiológico das determinações causais de objetos naturais, presente na criminologia tradicional e passa a ser um duplo método adaptado à natureza de objetos sociais. Segundo Juarez Cirino Dos Santos:

(...)o método interacionista de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança de foco do indivíduo para o sistema de justiça criminal, e o método dialético que insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas. (Cirino dos santos, 2013, p. 1-2)

A criminologia crítica, em sua modalidade radical, divide objetivos do direito penal entre declarados e reais. Nesse sentido, o sistema penal, de acordo com suas funções declaradas, visa garantir proteção a determinados bem jurídicos de lesão, através da cominação de uma consequência penal a determinadas condutas definidas pelo próprio

direito penal como crimes. Tal intervenção tem caráter fragmentário e subsidiário, na medida em que o Direito Penal deve ser aplicado sempre como *ultima ratio*. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.5)

Contudo, existem inúmeros indicadores sociais que apontam a ineficácia do direito penal em tutelar os bens jurídicos que pretende proteger, como por exemplo, a conjugação entre encarceramento em massa, aumento daqueles fenômenos sociais definidos como crime e da reincidência.

Dessa forma, importante mencionar que o direito penal não se limita a suas funções declaradas. Como leciona Cirino dos Santos, os objetivos reais do direito penal trazem consigo a compreensão de um significado político de tal área do direito, onde, num contexto de sociedade cindida em classes sociais antagônicas, cumpre um papel bem delimitado “como centro de estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas.” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 6). Esta compreensão, de acordo com Santos de Almeida,

“permite pensar o crime e o controle social pelo estudo das fontes materiais enraizadas no modo de produção da vida material e revelar o significado político do Direito Penal como instituição da garantia e da reprodução da estrutura de classes sociais, da desigualdade, da exploração e da opressão das classes subalternas nas sociedades capitalistas.” (SANTOS DE ALMEIDA, 2011, p. 92)

Segundo Cirino dos Santos,

O conceito de *modo de produção* desenvolvido pelo pensamento marxista, formado pela articulação de *forças produtivas* em determinadas *relações de produção* da vida material, permite identificar os *objetivos reais* do Direito, em geral – cuja existência é encoberta pelos *objetivos declarados* do discurso jurídico oficial –, nos quais aparece o significado político do Direito Penal como instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas. (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 8).

Esta compreensão, aponta Santos Almeida,

“permite pensar o crime e o controle social pelo estudo das fontes materiais enraizadas no modo de produção da vida material e revelar o significado político do Direito Penal como instituição da garantia e da reprodução da estrutura de

classes sociais, da desigualdade, da exploração e da opressão das classes subalternas nas sociedades capitalistas.” (Santos Almeida, p. 92)

O caráter fragmentário do direito penal, no que concerne à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, perde “sua ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal.” Tais justificações são idológicas e cobrem o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes sociais dominantes, de modo que o processo de criminalização é, especialmente, para as formas de criminalização típicas dos indivíduos pertencentes às classes subalternas. (BARATTA, 1999, p .165)

De acordo com Cirino dos Santos

O salto qualitativo da Criminologia Radical é representado pela superação do paradigma *etiológico* tradicional e pelo estudo do sistema punitivo como *sistema dinâmico de funções* do modo capitalista de produção, negando o mito do direito penal igualitário: a crítica ao sistema punitivo concentra-se no processo de criminalização, destacando os mecanismos de produção e de aplicação de normas penais e de execução das penas criminais. (CIRINO DOS SANTOS, 2008. 44-45)

Para cada um destes mecanismos, de produção das normas (criminalização primária), de aplicação das normas (criminalização secundária) e de execução das penas criminais, as análises teóricas e empíricas conduziram a crítica do direito penal a resultados que negam radicalmente o direito penal como um direito igual, tese esta ainda dominante nos dias de hoje. Esses resultados, segundo Baratta, podem ser condensados três proposições, quais sejam

- a) o direito penal não defende *todos* e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. (BARATTA, 1999, p 162)

Tais proposições se opõem ao mito da igualdade, que pode ser resumido nos seguintes termos: O direito penal protege a todos os cidadãos de forma igualitária, esta proteção se dirige a bens essenciais, que interessam a todos igualmente – “princípio do

interesse social e do delito natural”; bem como “a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização” – princípio da igualdade. (BARATTA, 1999, p 162)

Nesse sentido, a crítica desmascara o mito do direito penal como um direito igual por excelência. O direito penal não é menos desigual que os demais ramos do direito, é, a contrario sensu, é o direito desigual por excelência. Assim,

O sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às *chances* de serem definidos e controlados como desviantes. (BARATTA, 1999, p 164)

O Poder Punitivo é distribuído de forma desigual, na razão inversa da proximidade do sujeito às classes dominantes. Observa-se uma tendência restritiva quando falamos em tipos penais frequentados pelas camadas sociais dominantes e uma tendência ampliadora no que diz respeito às condutas típicas protagonizadas pelos integrantes das classes subalternas. (ZAFFARONI; BATISTA, p. 126). Segundo TANGERINO,

Exsurgem, assim, as funções de criminalização da pobreza e eliminação de determinados contingentes humanos por meio das violências estrutural (relações de produção) e institucional (controle social). (TANGERINO, 2011, p. 6)

No momento da formulação do tipo penal, que em tese é fórmula textual para selecionar condutas, o poder punitivo se vale do mesmo para selecionar pessoas em função de suas características. Este fenômeno de seleção, desta forma, seleciona indivíduos vulneráveis, devido à estrutura do sistema penal (ZAFFARONI; BATISTA, p. 125), aprofundando, assim, as desigualdades e mantendo do *status quo*.

Segundo Zaffaroni e Nilo Batista, quanto maior o número de tipos penais em determinado ordenamento jurídico, maior será o espectro populacional exposto a esta seletividade, e, portanto, aos riscos desta criminalização secundária seletiva.

A percepção desta seletividade é ainda mais acentuada quando voltamos a análise aos mecanismos de criminalização secundárias. Assim sendo, quanto mais baixo o nível na escala social, maiores as chances do indivíduo fazer parte da população criminosa.

A criminologia positivista, bem como boa parte da criminologia liberal contemporânea definem a posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar – características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, como causas da criminalidade. No entanto tais fatos “revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído.” (ZAFFARONI, 1989, p. 165)

Destarte, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, esta desigualdade é assegurada pela seletividade do sistema penal através dos seguintes mecanismos:

- a) em primeiro lugar, a *definição legal* seletiva de bens jurídicos próprios das relações de propriedade e de poder das elites econômicas e políticas da formação social (lei penal);
- b) em segundo lugar, a *estigmatização judicial* seletiva de indivíduos das classes sociais subalternas, em especial dos marginalizados do mercado de trabalho e das relações de consumo da sociedade (justiça penal);
- c) em terceiro lugar, a repressão penal seletiva de indivíduos sem utilidade no processo de produção de mais-valia e de reprodução ampliada do capital (prisão). (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 217-218)

Dessa forma,

A consequência política da crítica da Criminologia Radical é a negação do mito do direito penal igualitário, na sua dupla dimensão ideológica: a *proteção geral* de bens e interesses existe, realmente, como *proteção parcial*, que privilegia os interesses estruturais das classes dominantes; a *igualdade legal*, no sentido de igual posição em face da lei, ou de iguais chances de criminalização, existe, realmente, como *desigualdade penal*: os processos de criminalização dependem da posição social do autor e independem da gravidade do crime ou do dano social. (CIRINO DOS SANTOS, 2008. p.47)

Nesse sentido, o sistema penal tem como missão a manutenção e reprodução da realidade social desigual, a proteção de interesses de grupos sociais hegemônicos da formação econômico social e, conseqüentemente, exclui ou diminui os interesses daqueles pertencentes às classes sociais subalternas, de modo que não só opera de maneira seletiva, mas cumpre um papel ativo aprofundador das desigualdades sociais.

A função de manutenção do *status quo* desenvolvida pelo sistema penal opera, em primeiro lugar, na medida em que a seletividade quando da aplicação das sanções penais estigmatizantes (em especial o cárcere) “é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade”, ela age de forma negativa sobre o *status* social do indivíduo das classes sociais menos favorecidas, de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, alguns comportamentos ilegais são punidos para cobrir um número ainda maior de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. “Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade.” (BARATTA, 1999, p. 166)

Contudo, ainda mais essencial é o fato de que o cárcere não produz apenas a desigualdade, mas os próprios sujeitos desta relação. Segundo Baratta,

Isto parece claro se se considera a relação capitalista de desigualdade, também e sobretudo como relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre propriedade da força de trabalho e dos meios de produção e, por outro lado, à *disciplina*, ao controle total do indivíduo, requerido pelo regime de trabalho na fábrica e, mais em geral, pela estrutura de poder em uma sociedade que assumiu o modelo da fábrica. (BARATTA, 1999, p. 166)

O nexos histórico entre cárcere e fábrica, entre a transformação de camponeses expulsos do campo, e separados dos meios de produção em indivíduos adaptados à fábrica moderna por meio da introdução do sistema carcerário, “é elemento essencial para compreender a função da instituição carcerária, que nasce em conjunto com a sociedade capitalista e acompanha sua história”. Tal elemento não é mais suficiente para explicar a relação atual entre cárcere e sociedade, “mas permanece, em todo caso, a matriz histórica desta e, de tal modo, continua a condicionar sua existência” (BARATTA, 1999, p. 167).

Por este motivo, o cárcere continua a cumprir hoje sua função na produção de indivíduos desiguais, por meio do recrutamento de um setor marginalizado da sociedade. Tal setor é particularmente qualificado para a intervenção estigmatizante do aparato punitivo estatal “e para a realização daqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena, e contribuem para realizar o seu efeito marginalizador e atomizante”(BARATTA, 1999, p. 167). Dessa forma,

O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminoso. ((BARATTA, 1999, p. 167)

Assim, se do ponto de vista de suas funções declaradas o sistema penal demonstra um fracasso histórico, no que diz respeito aos objetivos reais do sistema punitivo, estes “representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista.” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 128)

Desta forma, o estudo da teoria criminológica abolicionista, o que se pretende realizar neste trabalho a partir de uma análise crítica da obra de Louk Hulsman, é importante, não só para pensar uma política criminal alternativa, mas também para entender as possibilidades, condições e limites para sua efetivação.

2. O DIREITO PENAL EM LOUK HULSMAN E E.B. PACHUKANIS

2.1 O ABOLICIONISMO PENAL DE LOUK HULSMAN

O abolicionismo penal surge fortemente influenciado pelas correntes criminológicas críticas na década de 70 do século XX para redimensionar a crítica às práticas penais. Tal corrente do pensamento criminológico não é um campo homogêneo do pensamento, tendo como principais expoentes Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Foucault e Nils Christie. Christie possui uma preferência fenomenológica-historicista, Mathiesen localiza-se no campo teórico do marxismo, Hulsman baseia-se na fenomenologia, e Foucault no estruturalismo. (ZAFFARONI, 1989, p. 98)

A corrente criminológica abolicionista tem por objeto de estudo o sistema penal, e como objetivo, a própria destruição do mesmo. Dessa forma, tal corrente criminológica propõe um novo olhar sobre o sistema de justiça penal objetivando a desencarcerização, descriminalização e deslegitimação do ordenamento jurídico penal, bem como do aparato punitivo. Sugere, ainda, novas formas alternativas de resolução de conflitos.

Da forma já advertida, no presente trabalho não pretendo exaurir todos os autores e correntes do abolicionismo penal. Buscamos trazer uma panorâmica do abolicionismo penal de Hulsman, cuja vertente é a fenomenológica.

Como visto acima, o sistema penal na prática está longe de representar aquilo que preceitua a dogmática jurídico-penal. O direito e o processo penal são repletos de princípios e garantias que muitas vezes não perpassam por sua aplicação. No entanto, é importante mencionar que a crítica de Louk Hulsman não se limita às violações perpetradas no momento da aplicação da pena, mas à própria pena e ao cárcere, enquanto formas essencialmente ruins, como a “produção de um sofrimento estéril” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 166). Diante dessa crítica, Hulsman propõe a abolição do sistema penal como um todo, utilizando a expressão abolicionismo penal em seu sentido mais literal.

Louk Hulsman, em sua obra *Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão*, importante mencionar, dedica-se ao que denomina de “criminalidade convencional”, que em sua terminologia própria define como

(...)acontecimentos que afetam as coisas e o patrimônio (o que o sistema chama de furto, estelionato, vandalismo, etc.); a segurança das pessoas contra atentados físicos (lesões corporais, roubo a mão armada, etc.); a segurança da moradia (furto com arrombamento, etc.). Ficam, assim, fora do presente ensaio os campos específicos do trânsito, da criminalidade política e da criminalidade econômica. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 52).

Cumprir consignar que Hulsman não exclui tais acontecimentos de sua formulação teórica, apenas optou por não incluí-los na abordagem da obra aqui tratada, uma vez que “para aplicá-la a eles, seria preciso fazer algumas adaptações que sobrecarregariam inutilmente a apresentação do essencial.” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 52)

Diante de sua proposta de supressão do sistema penal, Hulsman apresenta alguns problemas em reivindicar apenas uma reformulação e/ou humanização do cárcere e da pena. O autor levanta a questão, por exemplo, daqueles que se solidarizam com os encarcerados, que lutam por melhores condições dentro do cárcere, no entanto, geralmente, após enormes esforços por parte de movimentos, conseguem melhorias irrisórias, permanecendo a estrutura e os inúmeros problemas ali existentes. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 93)

Há, também, correntes que defendem uma humanização do sistema penal, com transformação dos fins da pena, tornando-a uma medida de reeducação e não um castigo. Essa corrente foi introduzida na formulação das leis de diversos países. No entanto, Hulsman observa que esses princípios não passam de pura retórica de “reinserção social”, tendo em vista que o sistema penal continua cumprindo seu papel igualmente repressivo na prática.

Outras correntes, ainda, defendem a substituição da pena por intervenção médica ou pedagógica, ou supressão de qualquer intervenção. Hulsman destaca que essas noções não rompem com a ideia de que há sempre um “agente responsável por um fato deplorável”, rompimento este que é essencial. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 95)

Ora, a prática demonstra que não basta procurar uma solução mais social do que jurídica para os conflitos, o que é preciso sim é questionar a noção mesma de crime, e com ela a noção de autor. Se não deslocarmos esta pedra angular do sistema atual, se não ousarmos quebrar este tabu, estaremos condenados, quaisquer que sejam nossas boas intenções, a não sair do lugar. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 95).

O encarceramento não traz qualquer benefício, nem para o preso, nem para sua família, nem para a sociedade. É este um dos pressupostos dos quais parte Louk Hulsman para a formulação de sua teoria abolicionista. Segundo tal autor a prisão produz um sofrimento estéril, “na prisão os homens são despersonalizados e dessocializados”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.63).

Dessa forma, é necessária a criação de mecanismos legitimantes para que o sistema penal se sustente. Hulsman entende que é criada uma abstração, por parte dos discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal, que o mencionado autor denomina de “homem comum”, cujo escopo é justamente esta legitimação e sustentação do sistema penal e o reforço de suas práticas. Esta noção de opinião pública genérica e uniforme veria o sistema penal como meio exclusivo que protege os indivíduos contra os fenômenos que os perturbam. Este homem comum seria

(...) obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo público. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.55)

Para Louk Hulsman este “homem comum” não existe. Há na verdade homens e mulheres comuns com suas inúmeras opiniões e muitas vezes contradições, mas que tem reflexões inteligentes e humanas. Essas pessoas ignoram como realmente funciona o sistema, e a partir do momento que deixarem de ignorar tal fato, “uma verdadeira consciência popular reivindicará sua abolição”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 56)

Hulsman questiona se a existência de todo um aparato – o direito penal que reduz o poder punitivo, o processo penal que supostamente garante o devido processo legal e as garantias processuais, como é repetido no discurso oficial– cumpre de fato um papel de proteger as pessoas de qualquer constrangimento arbitrário e se são válidos na sociedade atual. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 57). A verdade é que “a não ser por um acaso

excepcional, o sistema jamais funciona como os princípios que pretendem legitimá-lo.” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 25)

Hulsman deixa claro que o sistema penal não protege nem ajuda ninguém. Ressalta que é comum que se afirme que a supressão do sistema penal “seria deixar o campo livre para os malfeitores” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 107). No entanto, existem duas respostas a este questionamento: A primeira trata-se do fato de que os crimes violentos representam uma parte pequena da delinquência, e não se poderia tratar o conjunto do sistema baseado em tais crimes. Em segundo lugar, ao se afirmar que com a supressão do sistema penal haveria um aumento da prática de atos violentos, ao mesmo tempo, pressupõe-se que exerce a proteção que reverbera em seu discurso, bem como que é a única forma de proporcionar tal proteção. Segundo Hulsman, nenhuma destas proposições foi cientificamente comprovada.

Com relação ao discurso de que a vingança privada ressurgiria com o desaparecimento do sistema penal, Hulsman afirma que é normal que as pessoas sintam medo e queiram estar protegidas, e é isso que elas buscam – proteção. Como já mencionado, o sistema penal não proporciona essa segurança, dessa forma, “é muito simplista interpretar este desejo como apelo a favor da manutenção de um sistema duramente punitivo.” Os indivíduos não sentem amparados contra perigos, por este motivo pedem uma mudança na situação atual. Não por acaso, as pessoas acabam por efetuar mudanças em suas vidas cotidianas para tentar amenizar os riscos corridos, frente à ineficácia do sistema penal oficial. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 114-115).

É assim que mulheres agredidas se agrupam, aqui e acolá, em associações; que determinados movimentos feministas manifestam sua solidariedade com mulheres estupradas; que, no comércio e nas empresas, se organizam sistemas antirroubos. O fenômeno da autodefesa não passa de um pequeno aspecto de um movimento que se generaliza. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 115)

Algumas pessoas, diante da insegurança vivenciada, acabam por reivindicar um aumento da intervenção do sistema penal. No entanto, destaca Hulsman, a instituição penal dissemina esse discurso, e as pessoas o reivindicam, muitas vezes, por estarem dominadas por esta sentença. Na realidade, “O enfoque abolicionista se aproxima delas, ao reconhecer

que o sistema penal não protege nem ajuda ninguém”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 115)

Segundo Louk Hulsman, é criada uma “distância psicológica” entre os que o sistema encarcera e os que não são encarcerados. Isso justifica a aceitação da prisão como forma de castigar e excluir algumas pessoas. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 76). Tem-se que o sistema de justiça penal é um sistema coeso e racional, prestador de justiça, ideia essa que é desconstruída por Louk Hulsman. A burocracia dentro do sistema, com a compartimentação de seus serviços e tarefas, faz dele um mecanismo sem alma. A distancia social entre os encarcerados e aqueles a quem o autor denomina de “burocratas anônimos” que participarão do processo de encarceramento. Esse processo de encarceramento é dividido entre policiais, promotores, juízes etc., cada qual cumprindo um papel muito pequeno dentro deste processo, o que muitas vezes impede que se mensure a importância e o impacto desta sua intervenção.

Hulsman aponta que os políticos nunca devem ter frequentado uma prisão, quando muito, visitaram em dia e lugar bem escolhidos para não terem uma má impressão. Aos juízes de carreira é garantida, pelo sistema penal, uma impermeabilização de qualquer aproximação humana. Tais atores sociais operam em abstrato, eles estão psicologicamente e socialmente distantes daqueles que encarceram. A consequência deste fato é que quando criam um crime, sequer imaginam suas consequências na vida das pessoas. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 77)

Ainda sobre distância social entre os atores do processo penal, Hulsman reflete sobre a pré-seleção do sistema penal. Há uma clientela habitual do sistema penal, e esta certamente não pertence à mesma camada social dos que participam do processo de encarceramento. Quem acaba sendo sumariamente julgado são as camadas mais frágeis da população. “O sistema penal visivelmente cria e reforça as desigualdades sociais.” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 75)

Quanto à desigualdade de tratamento quando se está diante de crimes praticados por determinada camada social, Hulsman observa que muitos clamam por igualar o tratamento dado aos crimes praticados normalmente por indivíduos pertencentes às camadas sociais menos abastadas aos “criminosos de colarinho branco”. Entretanto, o sistema penal

continua a ser um mau sistema, dessa forma, nos campos onde ainda não há punição deve assim continuar. O que deve ocorrer que seja dado o mesmo tratamento (procedimentos conciliatórios, por exemplo) aos que ele denomina de “delinquentes pés-de-chinelo” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 121).

O sistema penal, além de desigualdade social, cria mazelas e traumas. Por esses e tantos outros motivos, Hulsman afirma que poderíamos facilmente abolir o sistema penal sem qualquer exceção. Isto porque, ele é mesmo um dos poucos “ordenamentos sociais” que poderiam desaparecer sem causar prejuízos, as próprias organizações que o compõem em nada dependem dele. A maior parte delas tem tarefas importantes fora do sistema penal; não vivem dele e podem existir sem ele.

Apenas uma ínfima parte dos delitos praticados são investigados e punidos, maioria passa ileso. Assim sendo, o sistema penal está longe de atuar na totalidade dos casos em que teria competência para agir. Isto porque, um grande número de vítimas não denunciam os fatos puníveis à polícia, a polícia, por sua vez, não transmite todos os casos que lhe chegam ao Ministério Público, que por sua vez não move processos de todos os casos que lhe são submetidos, uma vez que grande parte é arquivada. Este fenômeno é denominado de “cifra negra da delinquência”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.65)

Este fenômeno evidencia que fica abalada a própria noção ontológica de crime. Se por inúmeros motivos, uma enorme quantidade de crimes “não são vistos ou não são avaliados como tal pelas supostas vítimas ou pelas agentes do sistema pessoalmente alertados”, “isto significa que os fatos chamados pela lei de crimes (ou delitos) não são vividos como se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos”. ((HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 65-66)

Essa descoberta cumpre um papel fundamental na crítica da justiça criminal. Aqueles princípios que fundamentam as bases do sistema (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça) “são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 66). Assim,

O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópica, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 66)

Antes de propor as alternativas ao sistema penal, Hulsman adverte o desenvolvimento das discussões sobre alternativas à justiça criminal se dá num contexto onde os pressupostos da justiça criminal, que são objeto de crítica em seu trabalho, não são realmente postos em questão. Dessa forma, na medida em que o crime é tido como dado ontológico, como um fato natural estabelecido, e não resultados de processos seletivos de definição, abertos a uma escolha social, diversos erros acabam por ser cometidos (PASSETTI, 2004, p.52).

Dessa forma, em primeiro lugar, as alternativas à justiça criminal propostas não se tratam de sanções alternativas, mas alternativas aos próprios processos da justiça criminal. Estas podem ser tanto de natureza legal, quanto não legal. (PASSETTI, 2004, p. 52).

Em segundo lugar, Hulsman adverte que com bastante frequência, as alternativas à justiça criminal acabam por ser consideradas uma resposta alternativa ao comportamento criminal. Neste enfoque, não se leva em consideração que “todo enfoque legal é, antes de tudo, um modo de construir (ou, se se quiser, de reconstruir) um *fato*” (PASSETTI, 2004, p. 53). Dessa forma,

Buscar alternativas à justiça criminal significa, em primeiro lugar, buscar *definições alternativas* de fatos que podem provocar processos de criminalização. A resposta alternativa dada em uma alternativa à justiça criminal é, pois, uma *resposta a uma situação que tem uma “forma” diversa e “dinâmica” diversa dos fatos, como estes surgem em um contexto de justiça criminal.* (PASSETTI, 2004, p. 53)

Por ultimo, a “prevenção do crime” é buscada em muitas discussões sobre as alternativas à justiça criminal como uma coisa “justa e desejável”. No entanto, Hulsman considera tal anseio um equívoco:

Ao meu juízo, não é necessariamente assim, por duas razões: em primeiro lugar, o que é definido como “crime”, em um determinado estágio do desenvolvimento legal, não é necessariamente uma “coisa ruim”. Pode ser neutra ou indiferente; pode ser mesmo desejável e heroica. A lei penal e a prática do sistema de justiça criminal não podem ser usadas como padrão absolutamente autorizado para julgar o “justo” ou o “errado” de um comportamento. Em segundo lugar, mesmo quando “crime” se refere a uma coisa definida por todas as implicações como um “problema”, poderia ser nocivo para o desenvolvimento humano e social tentar erradicá-lo. (Curso (PASSETTI, 2004, p. 54-55)

Hulsman destaca que, apesar de quase todos os fatos problemáticos para alguém poderem ser enfrentados por meio de um procedimento legal, muito poucos realmente o são. Isto demonstrado por números, tanto da justiça criminal, quanto a civil ou administrativa. A maioria das alternativas à justiça criminal se dá no âmbito predominantemente não legal. Essas resoluções não se dão da forma como é previsto por pessoas envolvidas na definição das regras penais ou legais, são, na verdade, “aplicados quotidianamente por quem se acha direta ou indiretamente envolvido em fatos problemáticos.” (PASSETTI, 2004, p. 54).

Dessa forma, os tratamentos de tipo não legal são “estatísticos”. São a regra e acontecem diariamente, dessa forma, “a legislação da regra é uma rara exceção”. Segundo Louk Hulsman,

Sempre foi assim, ainda é assim e, provavelmente, o será também no futuro. Esta realidade, no entanto, é menos aparente, quando tomamos como ponto de partida o conceito de “normatividade”, como é normalmente entendido no debate tradicional da justiça criminal. Só ali, de fato, encontramos uma normatividade em que a justiça criminal é a regra, frequentemente se pressupondo (inconscientemente) que isto seja um dado estatístico – contrariamente a qualquer conhecimento científico. (PASSETTI, 2004, p.54)

Apenas uma ínfima parte dos delitos praticados são investigados e punidos, maioria passa ileso. Assim sendo, o sistema penal está longe de atuar na totalidade dos casos em que teria competência para agir. Isto porque, um grande número de vítimas não denunciam os fatos puníveis à polícia, a polícia, por sua vez, não transmite todos os casos que lhe chegam ao Ministério Público, que por sua vez não move processos de todos os casos que lhe são submetidos, uma vez que grande parte é arquivada. Este fenômeno é denominado de “cifra negra da delinquência”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.65)

Este fenômeno evidencia que fica abalada a própria noção ontológica de crime. Se por inúmeros motivos, uma enorme quantidade de crimes “não são vistos ou não são avaliados como tal pelas supostas vítimas ou pelas agentes do sistema pessoalmente alertados”, “isto significa que os fatos chamados pela lei de crimes (ou delitos) não são vividos como se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos”. ((HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 65-66)

Essa descoberta cumpre um papel fundamental na crítica da justiça criminal. Aqueles princípios que fundamentam as bases do sistema (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça) “são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número **ínfimo** de situações que são os casos **registrados**” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 66). Assim,

O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópica, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 66)

As mudanças são o centro do abolicionismo penal de Louk Hulsman. Mudança na linguagem, no tratamento dado a autor e vítima, nas formas de resolução dos conflitos. Dessa forma, ultrapassadas tais advertências, passemos às alternativas à justiça criminal propostas pelo autor.

De acordo com Louk Hulsman a própria linguagem cumpre um papel de sustentação e legitimação do sistema penal, bem como estigmatizante dos atores sociais por ele abarcados. Tal sistema tem suas bases numa moral maniqueísta, estruturada por uma relação culpado/inocente, bons/maus (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.68). Diante disso, uma vez ocorrido um fato definido como crime, estaremos necessariamente diante da existência de um autor culpável, que por sua vez deverá ser punido. Sendo assim “o homem presumidamente “criminoso”, considerado como pertencente do mundo dos “maus”, já está antecipadamente proscrito.”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 96)

Diante desta função da linguagem, o primeiro passo para a caminhada em direção à supressão do sistema penal é uma rejeição do discurso penal oficial. Neste ponto é ressaltada a importância de se rejeitar palavras como crime, criminologia, criminoso, política criminal, criminalidade. Hulsman sugere a substituição deste vocabulário, e então passaríamos a falar, por exemplo, em “atos lamentáveis”, “comportamentos indesejados”, “pessoas envolvidas”, “situações problemáticas” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 96). Esta nova linguagem não é suficiente para a efetivação da superação do sistema vigente, no entanto, destaca Hulsman, já não cumpriria um papel estigmatizante, bem como possibilitaria o surgimento de novas formas de resolução dos conflitos e excluiria a noção que há sempre um culpado necessário a quem é obrigatória uma punição. “Quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre contra alguém, a quem a lei designa como culpável para que seja condenado”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 67). Hulsman afirma que esta prática acaba por fabricar culpados.

“o sistema penal fabrica culpados, na medida em que seu funcionamento mesmo se apoia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação.” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.67)

Ressalte-se que Hulsman não fala apenas numa mudança na linguagem, com a manutenção das antigas categorias (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 96). Não é substituir um sistema, para posteriormente construir outro sobre as mesmas bases. Hulsman fala em olhar a realidade com outros olhos, em uma mudança na mentalidade. Para ele, “em muitos casos, um comportamento pode deixar de ser crime, sem que qualquer estrutura venha a substituir o falecido sistema penal”, (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 97).

Há diversas formas de reação a determinada ação atribuída a um indivíduo. No entanto, quando definimos o fato como “crime”, afastamos todas as outras possibilidades de reação a um acontecimento atribuível a uma pessoa, restando apenas a reação punitiva, especificamente aquela aplicada pelo sistema penal, que Hulsman denomina de “estilo punitivo da linha socio-estatal” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 100)

Hulsman utiliza a expressão “situação problemática” para se referir aos eventos denominados de crime pelo discurso convencional. Ao longo de sua obra o autor se refere

às categorias que permeiam o sistema penal por meio de expressões alternativas, no intuito de romper com o “vocabulário do crime”.

Para mim não existem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p.102)

Aos estudiosos do crime e da justiça criminal, e que concordam com os valores críticos presentes na tradição acadêmica, Hulsman atribui uma dupla tarefa: Em primeiro lugar, deve-se “descrever e analisar os processos de criminalização de modo a permitir a determinação das consequências e de sua legitimidade”. Em segundo lugar, propõe que se deve “dar uma mão a quem (profissional ou não) procura enfrentar situações problemáticas (do ponto de vista da reparação e/ou prevenção), objeto de criminalização secundária ou de pretensões de criminalização primária”. (PASSETTI, 2004, p. 38-39). Segundo Hulsman,

Para levar a cabo esta dupla tarefa, faz-se necessária uma linguagem. Esta linguagem não pode ser aquela em que se pratica e se legitima a justiça criminal. Tendo em conta que o uso de tal linguagem possibilita o estabelecimento da legitimidade da justiça criminal, à luz de determinados valores explícitos, é melhor partir da formulação de tais valores, que nos indicarão onde e como pesquisar. (PASSETTI, 2004, p. 39-40)

Dessa forma, percebe-se que na formulação de Hulsman repensar a linguagem tem um papel fundamental, tanto no que tange ao cotidiano, onde se exerce a sustentação e legitimação do sistema penal pelos indivíduos e pelo próprio discurso oficial, quanto para academia, na linguagem sobre crime, justiça criminal e segurança.

Em seu cotidiano, os indivíduos resolvem os conflitos e as “situações problemáticas” de diversas maneiras. Hulsman defende a devolução do conflito aos envolvidos no mesmo. No sistema penal os indivíduos pertencentes ao conflito são etiquetados, (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 82), tratados genericamente, estereotipados, de forma que as pessoas não são tratadas singularmente, e, operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 84)

A vítima tem um papel fundamental na teoria hulsmaniana, uma vez que no sistema atual o protagonismo é retirado das pessoas envolvidas com o crime, a própria vítima, que é quem supostamente é protegida, fica limitada, sem poder executar qualquer tipo de ação.

Ainda que queira, a vítima não pode parar a ação penal pública, intervir no processo, ou participar da decisão de quais medidas serão aplicadas ao agressor, ou sequer decidir se prefere, ou não, um processo de conciliação que não perpassasse por qualquer punição. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 84)

Dentre as propostas do autor, destacam-se os mecanismos conciliatórios. Cada caso será resolvido de uma forma, conforme decidirem aqueles ali participantes. Se cada conflito pode ser resolvido por um meio diferente, não se pode estabelecer uma reação prévia, como faz o sistema penal. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 103)

Ao longo de sua formulação teoria, pode-se perceber uma predileção de Hulsman por estruturas que aproximem autor e vítima. Hulsman fala de uma aproximação psicológica entre os envolvidos em questões problemáticas, onde as pessoas possam se conhecer e refletir conjuntamente acerca das possibilidades de se resolver as situações e acontecimentos no contexto em que estão inseridas. Para tanto, evitar que os conflitos particulares perpassem pela “máquina estatal” é fundamental. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 135)

Hulsman menciona o procedimento de arbitragem, que será acionado em casos em que as partes assim decidam, ou, ainda, quando for determinado por alguma organização, como organismos de proteção de menores, por exemplo. Sugere também os *community boards*, que segundo o autor, lhe parece ser de longe a melhor. De acordo com ele essa fórmula é composta por um grande número de conciliadores, que são formados não para resolver conflitos, mas para propor soluções para os mesmos. Estes conciliadores formam comissões que serão formadas de preferência por pessoas próximas aos envolvidos no conflito. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 134)

O Autor menciona, ainda, hipóteses em que soluções seriam possíveis através de alternativas como assistência social, médica (PASSETTI, 2004, p. 106), internação, residência obrigatória, obrigação de reparar e restituir, (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 86-87)

Quando os mecanismos naturais de resolução de conflitos falharem, partimos para os métodos artificiais. “Entra, assim, em cena o aparelho oficial de justiça”. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 131). No entanto, o estado aqui fará uma intervenção no âmbito cível ou administrativo, tendo em vista que o sistema penal deve ser abolido por completo na concepção de Hulsman.

Como se pode perceber, o autor reivindica a abolição da pena “tal qual é concebida e aplicada pelo **sistema penal**”. Quando fala em abolir a pena, não fala em abolição de toda e qualquer medida coercitiva, o conceito ao qual se refere é aquele de pena concebida pelo direito penal, ou seja, aquela pena aplicada por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal retirando o protagonismo dos envolvidos no conflito.

Não nos enganemos: os estilos de resolução cível dos conflitos podem **efetivamente** constituir um elemento de coerção penoso para o atingido; da mesma forma, quando alguém se valer do chamado sistema cível **para incomodar** –e inclusive para punir – aquele que responsabiliza por sua situação. Não devemos nos apressar em dizer que apenas o sistema penal permite canalizar os sentimentos de vingança das pessoas: Um sistema de tipo compensatório pode perfeitamente desempenhar este papel.. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 131-132)

Hulsman propõe o abandono do ponto de vista orientado unicamente na direção do autor através de uma pesquisa sistemática, e não apenas ocasional, das medidas preventivas nos lugares e setores onde a incidência de atos nocivos é preocupante. O número de furtos e roubos diminui consideravelmente, por exemplo, no momento em que são instalados dispositivos de segurança em veículos, nas grandes lojas, nos *self-services* e nos bancos. Propõe, ainda, que em certos setores deve haver uma reorganização social e legal. “A prática de visar os cheques adotada em alguns países da Europa, a criação de transportes públicos gratuitos, o pagamento antecipado de determinados serviços (taxis, restaurantes, etc.) atendem a esta preocupação” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 136-137).

Esta reflexão é necessária e necessita ser aprofundada, para dizer que a coletividade precisa se organizar para que determinadas espécies de infrações deixem de acontecer materialmente, e para que a sua própria ideia desapareça. A partir desta reorganização das estruturas jurídicas, não restará lugar sequer para a noção de infração. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 137)

Romper com a noção de crime parece uma ideia absurda, no entanto já aconteceu com diversas condutas ao longo da história. Muitos comportamentos antes definidos como crime, deixam de sê-lo em muitos momentos. A contracepção, o consumo de psicotrópicos, a “bruxaria”, o adultério, dentre outros inúmeros exemplos, afinal, o crime não é um dado ontológico, é um fenômeno criado pelo homem.

Quando fala em rejeitar a noção de crime, Hulsman destaca que é necessário romper, também, com a noção de prevenção. Se tentamos repensar a lógica da realidade que difere da do ato punível, prevenir a delinquência deixa de fazer sentido.

Quando o poder político, reduzido a coerção estatal, se voltar mais frequentemente para as pequenas coletividades urbanas e rurais; quando estimular o fenômeno associativo; quando deixar que se desenvolva um novo tipo de trabalho social, cujo objetivo não seja tanto o de cuidar ou readaptar seus usuários, mas sim ajudá-los a administrar seus problemas, com os métodos que eles próprios escolherem e os meios que lhes forem acessíveis – quando isto acontecer, tudo indica que estaremos entrando num caminho mais fecundo. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 139)

Diante disso, ao analisarmos o trabalho de Louk Hulsman nos deparamos com uma noção fundamental de rompimento com o atual paradigma punitivo. No entanto, cumpre consignar, Hulsman deixa claro que não há como resolver todos os problemas. Conflitos e divergências de opinião vão sempre existir.

Não vamos procurar suprimir as tensões, reduzir indevidamente as diferenças. Vamos, ao contrário, aprender a vivê-las e a viver com elas. Para o poder político isto significa: vamos descriminalizar, vamos nos organizar para tornar para tornar mais suportáveis os conflitos latentes, mas sem acreditar que conseguiremos evitar todos os acontecimentos dolorosos os todos os enfrentamentos desagradáveis. Comparado com o sistema penal estatal, que não controla qualquer situação, tal enfoque certamente tem melhores chances. (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 104)

A partir do momento em que se concretizar a abolição do sistema penal, toda a matéria de resolução de conflitos estará repensada em todos os seus aspectos, desde seu interior, e “o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num novo convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, p. 140).

2.2 APONTAMENTOS SOBRE *TEORIA GERAL DO DIREITO E O MARXISMO*

2.2.1 A forma jurídica

Evguiéni B. Pachukanis foi um importante jurista soviético, membro do partido bolchevique e participou ativamente da revolução de 1917, tendo atuado como “juiz popular”. Ingressou em 1918 no partido comunista da URSS, ano em que tornou-se membro da Academia Socialista, instituição de pesquisa em ciências sociais e Direito do Governo Soviético (PACHUKANIS, 2017, p. 205).

Em 1924 publicou sua principal obra, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, cuja formulação extremamente radical e inovadora, fincada no método marxiano praticado em *O Capital*, logo se chocou com a direção stalinista e sua doutrina do socialismo jurídico, o que lhe rendeu uma intensa perseguição da burocracia soviética. (PACHUKANIS, 2017, p. 206)

A originalidade da formulação pachukaniana sobre o direito reside na compreensão da determinação histórica da forma jurídica pelas relações constitutivas do modo de produção capitalista. Deste modo, entendo que tal reflexão teórica é um importante referencial para a apreciação das formulações sobre o abolicionismo penal, no caso do trabalho de Louk Hulsman, analisando se este pressupõe a superação dos elementos determinantes da própria forma jurídica.

A obra de Pachukanis teve um papel fundamental justamente no método empregado em sua construção, pois

É dele o mérito teórico e histórico de ter buscado, acompanhando as indicações de Marx, especialmente em *O capital*, a natureza íntima do direito no processo do valor de troca, portanto, o mérito de ter captado a sua especificidade burguesa. A extrema radicalidade teórica e política que decorre desse enunciado basilar, ao implicar na única crítica consequente ao normativismo e na completa interdição de qualquer espécie de “socialismo jurídico”, até mesmo as que se encobriam sob as enganosas vestes de um direito “popular”, “proletário” ou “socialista”, elevou Pachukanis ao posto de maior influência no front jurídico soviético. (NAVES; KASHIURA JÚNIOR, 2011, P. 2)

Dessa forma, essa busca de Pachukanis em extrair o método de análise do direito daquele utilizado por Marx em *O Capital*, teve por consequência a compreensão do direito não apenas pelo seu conteúdo, mas antes por sua forma. Assim, para o autor não basta

a análise materialista e histórica do direito como conteúdo, ou seja, não basta denunciar a historicidade e o caráter de classe das determinações jurídicas. Tal como Marx procedeu no campo da economia política, importa, para uma teoria marxista do direito, acima de tudo, demonstrar a historicidade do direito como forma, apontando a vinculação da forma jurídica a uma formação social historicamente determinada. (NAVES; KASHIURA JÚNIOR, 2011, p. 7)

A atenção dos autores marxistas apenas ao conteúdo concreto das normas jurídicas foi alvo de crítica por Pachukanis,

Aqui, o conceito de direito é visto exclusivamente a partir do ponto de vista do conteúdo; a questão sobre a forma do direito como tal não é sequer colocada. Entretanto, não resta dúvida de que a teoria marxista deve não apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas, mas também oferecer uma interpretação materialista da própria regulamentação jurídica como uma forma histórica determinada. (PACHUKANIS, 2017, p. 72)

Esta determinação histórica da forma jurídica apontada por Pachukanis é entendida a partir do vínculo desta com a forma mercadoria, na maneira como formulada por Marx, que revelou

a condição fundamental, enraizada na própria economia, da existência da forma jurídica, que é justamente a igualação dos dispêndios do trabalho segundo o princípio da troca de equivalentes, ou seja, ele descobre o profundo vínculo interno entre a forma do direito e a forma da mercadoria. (PACHUKANIS, 2017, p. 79-80)

Há um conjunto de categorias correlatas à forma jurídica, cuja compreensão reside no mesmo conjunto de relações determinantes desta. Assim,

O núcleo da forma jurídica reside no complexo que envolve o sujeito de direito, com seus correlatos do direito subjetivo, do dever e da obrigação – atrelados, necessariamente, à vontade autônoma e à igualdade formal no contrato como seus corolários. (MASCARO, 2013, p. 39)

Pachukanis, também seguindo o método de Marx, entende que a análise teórica deve partir dos elementos mais simples para os mais complexos, de forma que a totalidade é o ponto de chegada da pesquisa, e não o ponto de partida. Desta forma,

A totalidade concreta – sociedade, população, Estado – deve ser o resultado e o estágio final de nossa pesquisa, mas não seu ponto de partida. Partindo do simples para o complexo, do processo em sua forma pura para as formas concretas, seguimos uma via metodológica mais precisa. (PACHUKANIS, 2017, P. 82)

Neste sentido, a categoria “sujeito” será definida como ponto de partida da análise por ser “o átomo da teoria jurídica, o elemento mais simples e indivisível, que não pode ser decomposto.” (PACHUKANIS, 2017, p. 117)

O sujeito de direito deve figurar, portanto, como Pachukanis bem constata, como uma categoria elementar. Seguindo a diretriz de Marx segundo a qual a totalidade não deve constituir o ponto de partida da teoria, mas, ao inverso, o seu ponto de chegada, Pachukanis descobre que a sua elaboração teórica deve partir do sujeito de direito. Em função do seu posto na estrutura interna da sociedade capitalista, observada esta de um ponto de vista jurídico, o sujeito de direito é categoria-chave que não exige a mediação de nenhuma outra para ser explicada e, ao mesmo tempo, medeia a explicação de todas as demais. O seu posto na estrutura lógica da crítica do direito deve ser, então, o mesmo ocupado pela mercadoria na estrutura lógica da crítica da economia política de Marx. Assim, se Marx busca reconstruir teoricamente a economia capitalista como totalidade a partir da mercadoria, num movimento que ascende da abstração desta categoria primeira ao concreto, visando precisamente encontrar, ao fim, a totalidade na plena riqueza de suas determinações internas (totalidade concreta), Pachukanis propõe algo semelhante no campo jurídico, partindo então da categoria sujeito de direito. (NAVES; KASHIURA JÚNIOR, 2011, p. 9)

O sujeito de direito, então, nada mais é do que o portador da mercadoria, agente da relação de troca, próprio fundamento da análise da forma jurídica.

É o próprio desenvolvimento da economia mercantil que determina a constituição do sujeito de direito numa forma social generalizada. O sujeito de direito surge, então, sob o imperativo da forma mercantil, como o “outro lado” da equivalência das mercadorias fundada no valor. E isto porque o processo do valor de troca, embora centrado na forma mercantil, não pode realizar-se sem a subjetividade jurídica, isto é, sem os agentes da troca, os “guardiões das mercadorias”, que efetivamente realizam o intercâmbio de mercadorias na esfera da circulação. Na relação de troca, portanto, “convergem os momentos essenciais tanto da economia política como do direito”, de vez que nela se manifestam com a máxima pureza as formas da mercadoria e a de seu portador, o sujeito de direito. (NAVES; KASHIURA JÚNIOR, 2011, p. 8-9)

Portanto, o sujeito de direito não é uma criação normativa estatal. Assim, segundo MASCARO,

O núcleo da forma jurídica, o sujeito de direito, não advém do Estado. Seu surgimento, historicamente, não está na chancela pelo Estado. A dinâmica do surgimento do sujeito de direito guarda vínculo, necessário e direto, com as relações de produção capitalistas. A circulação mercantil e a produção baseada na exploração da força de trabalho jungida de modo livre e assalariada é que constituem, socialmente, o sujeito de direito. (MASCARO, 2013, p. 40)

A relação de troca mercantil, uma relação entre portadores de mercadoria, tem como outro lado da moeda a relação jurídica entre sujeitos de direito.

A conexão entre as unidades econômicas privadas isoladas estabelece uma conexão, caso a caso, por meio de contratos. A relação jurídica entre os sujeitos é apenas o outro lado das relações entre produtos do trabalho tornados mercadoria. (...) A relação jurídica é a célula central do tecido jurídico, e apenas nela o direito se realiza em seu real movimento. Somado a isso, o direito, enquanto conjunto de normas, não é nada além de uma abstração sem vida. (PACHUKANIS, 2017, p. 97)

Kashiura Jr e Naves explicitam a definição pachukaniana de relação jurídica, observando que a juridicidade das relações não é definida pela forma jurídica, mas justamente pela relação de equivalência entre sujeitos de direito, o que fazem nos seguintes termos

Na relação jurídica, isto é, na relação entre sujeitos de direito, Pachukanis pode encontrar a forma jurídica em movimento, o aspecto vivo e real do direito. Exatamente ao inverso do que propõe a teoria jurídica tradicional, Pachukanis demonstra que não é necessário que uma norma incida sobre uma relação social para que esta adquira juridicidade: relações outras que não a troca mercantil propriamente dita podem apresentar-se juridicamente na medida em que assumem a forma subjetiva da relação de troca, ou seja, assumem a forma de relação entre sujeitos de direito. A incidência normativa não pode, por si só, estabelecer a juridicidade de relação social alguma. A própria norma jurídica figura, portanto, em segundo plano, como uma expressão plasmada e sem vida de uma relação jurídica que lhe é anterior ou, no máximo, como projeto de que uma certa relação jurídica venha a se estabelecer na realidade. (NAVES; KASHIURA JÚNIOR, 2011, p. 9-10)

Assim, como observa Pachukanis,

Não se pode dizer que a relação entre o credor e o devedor seja criada pela ordem coercitiva de dado Estado como punição pela dívida. Tal ordem, que existe objetivamente, garante, mas de modo nenhum engendra essa relação. (PACHUKANIS, 2017, p.100)

Por conseguinte, é no direito civil, especificamente na instituição do contrato, que a forma jurídica encontra sua plena caracterização e sistematização, pois é “justamente no direito privado que o pensamento jurídico age com mais liberdade e segurança; sua construção adquire o aspecto mais acabado e harmonioso” (PACHUKANIS, 2017, p. 93).

Juridicamente, essa relação se expressa na forma do contrato ou do acordo entre vontades independentes. Por isso o contrato é um dos conceitos centrais do direito. Erigindo-se de maneira grandiloquente, o contrato é uma parte constitutiva da ideia de direito. No sistema lógico de conceitos jurídicos, o contrato é apenas uma variante de transação em geral, ou seja, um dos meios de manifestação das vontades concretas com a ajuda da qual o sujeito age na esfera jurídica que o cerca. Histórica e concretamente, contudo, o conceito de ato jurídico deriva do de contrato. Fora do contrato, os próprios conceitos de sujeito e de vontade no sentido jurídico existem apenas como abstração sem vida. (PACHUKANIS, 2017, p.127)

Podemos chegar a uma outra conclusão metodológica presente no pensamento de Pachukanis, na qual

O desenvolvimento dialético dos conceitos jurídicos fundamentais não apenas nos oferece a forma do direito em seu aspecto mais exposto e dissecado, mas, ainda, reflete o processo de desenvolvimento histórico real, que não é outra coisa senão o processo de desenvolvimento da sociedade burguesa. (PACHUKANIS, 2017, p. 76)

Tem-se, assim, que a extinção das categorias do direito “capitalista” significa a extinção do direito em geral

na medida em que as relações entre o produtor individual e a sociedade seguirem conservando a forma da troca entre equivalentes, também a forma do direito será conservada, pois “o direito, por sua natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida”. (...) A extinção do direito, e com ela do Estado, acontece apenas, de acordo com Marx, “quando o trabalho tiver deixado de ser mero meio de vida e tiver se tornado a primeira necessidade vital”. (...) em resumo, quando *finalmente estiver eliminada a forma da relação de equivalência*. (PACHUKANIS, 2017, p. 78-79)

2.2.2 A Retribuição Equivalente e o Direito Penal

Pachukanis aborda o direito penal a partir da categoria da retribuição equivalente, que, segundo este, traduz a especificidade do próprio direito penal. Dessa forma, o objetivo no presente tópico é descrever, a partir do capítulo 7 de sua obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, como tal autor constrói e utiliza aquela categoria.

Como destaca Soares de Souza,

O capítulo Direito e violação do direito, em TGDM, descortina-se em dois grandes momentos: inicialmente, ressalta Pachukanis o vínculo histórico entre normas de cunho repressivo, que coíbem a violação do direito, e a divisão das sociedades em classes; e, em seguida, dedica-se ao tema da especificidade da forma do direito penal sob o capitalismo. (SOARES DE SOUZA, 2016, p. 276)

Assim como na reflexão mais geral sobre a forma jurídica, Pachukanis vai analisar as categorias centrais da própria dogmática jurídica, tais como sujeito de direito e relação jurídica, enfrentando sua mistificação, também o fará com principais conceitos da dogmática juríco-penal, tais como crime, pena e culpabilidade.

No que se refere à culpa, Pachukanis observa que

O conceito jurídico de culpa não é científico, pois conduz diretamente às contradições do indeterminismo. Do ponto de vista do encadeamento de causas que geram este ou aquele evento, não há o menor fundamento em dar preferência a um elo em detrimento de outro. As ações de um homem psicologicamente anormal (inimputável) se devem uma série de causas, ou seja, hereditariedade, condições de vida, meio etc., tanto quanto as ações de um homem completamente normal (imputável). (PACHUKANIS, 2017, p. 176)

No tocante à pena, afirma que

A privação da liberdade por um prazo determinado de antemão e especificado por uma sentença do tribunal é aquela forma específica por meio da qual o direito penal moderno, ou seja, burguês capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente. Esse modelo é inconsciente, mas está profundamente ligado ao homem abstrato e à abstração do trabalho humano mensurado pelo tempo. (PACHUKANIS, 2017, p. 177)

Quando Pachukanis procura expor o limite da dogmática juríco-penal, não o faz para simplesmente verificar seus erros, “mas de precisar as determinações sociais em que a articulação conceitual da dogmática penal burguesa se torna possível e necessária.” (SOARES DE SOUZA, 2016, p. 282). Como demonstra Pachukanis,

Na verdade, a forma absurda da equivalência não surge a partir das confusões de determinados criminalistas, mas a partir das relações materiais da sociedade de produção mercantil que dela se alimenta. A contradição entre o fim racional da proteção da sociedade ou da reeducação do infrator e o princípio da restituição por equivalência existe não apenas nos livros e nas teorias, mas na própria vida, na prática tribunal, na própria estrutura da sociedade. (PACHUKANIS, 2017, p. 178)

Pachukanis apresenta a ideia de que o direito civil indica o desenvolvimento dos outros ramos do direito, ou seja, se a noção de equivalência ou troca de equivalentes é elementar das relações (jurídicas) reguladas diretamente pelo direito civil, é a partir desse traço metodológico que temos que enxergar a equivalência jurídica no direito penal.

O autor aproxima o delito da noção de relação de troca (contratual). Na relação contratual há uma troca de equivalentes, como na compra e venda, por exemplo. Sob esta ótica, o delito é uma relação contratual *post factum*, na medida em que ela se estabelece a partir de uma ação arbitrária de uma das partes. O delito, então, é uma relação jurídica, ou seja, uma variante particular da circulação. Assim, “A proporção entre o delito e a reparação se reduz à mesma proporção da troca”. (Pachukanis, 2017, p. 167)

Em outras palavras, o que se quer demonstrar é que a própria relação jurídica, que como vimos tem por substrato material a relação de troca mercantil, está historicamente ligada à violação do direito. Pachukanis observa que “o conceito de roubo foi definido antes de se definir o conceito de propriedade”, como se o delito criasse o próprio direito. Percebemos que no bojo da mesma relação social, a da troca mercantil, derivam tanto a forma jurídica em geral quanto a forma jurídico-penal.

A pena como retribuição proporcional do crime, ou seja, forma de equivalente penal “está ligada ao critério geral de medida do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção” a saber, “o “tempo médio” de dispêndio de energia produtiva” (Cirino dos Santos, p.88). Assim,

Esse critério geral de medida, adequado objetivamente às relações privadas entre proprietários de mercadorias na sociedade capitalista, é aplicado em outras áreas das relações sociais, medidas como troca de mercadorias: no direito criminal, lesões de valores individuais ou sociais são medidas como violações da propriedade (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 88).

Pachukanis inicia o capítulo 7, “Direito e violação do direito”, onde trata especificamente do direito penal, fazendo uma análise da cultura da vingança de sangue, que está historicamente ligada à origem do direito penal. Em tempos remotos, a vingança de sangue limitava-se à esfera física, na medida em que

“Os conflitos entre as famílias passavam de geração em geração. A ofensa, ainda que resolvida por vingança, servia de base para uma nova vingança. O ofendido e seus parentes tornavam-se ofensores, e assim seguia de uma geração à outra, muito frequentemente até o total extermínio das famílias rivais.” (PACHUKANIS, 2017, p. 167)

Ao contrário dos teóricos do direito penal que afirmam que a vingança de sangue corresponde ao *jus taliones*, ou seja, ao princípio da reparação equivalente, segundo Pachukanis a característica mais antiga da vingança de sangue é na verdade outra. A vingança só começa a seguir essa lógica do “olho por olho e dente por dente”, quando o direito penal passa a apresentar os contornos da natureza burguesa do direito, ou seja, da equivalência, “quando junto com ela começa a se fortalecer o sistema de arranjos ou o resgate mediante pagamento (...). A ideia de equivalente, essa primeira ideia puramente jurídica, tem sua fonte na forma da mercadoria”. (PACHUKANIS, 2017, p. 167).

A vingança sangrenta deixa de ser um fenômeno puramente biológico, tornando-se, assim, instituição jurídica, “na medida em que opera em uma relação com a forma de troca de equivalentes a troca baseada no valor.” (PACHUKANIS, 2017, p. 169). “Com o surgimento de um equivalente mercantil, a pena começa a ganhar contornos específicos do modo de produção social”. (MASTRODI; FURQUIM, 2014, p. 164.). Assim,

“O ato de legítima defesa, dessa maneira, deixa de ser apenas um ato de autodefesa para se tornar uma forma de troca, um modo particular de circulação que ocupa seu lugar ao lado da circulação comercial “normal”. Delito e pena são o que são, ou seja, adquirem sua natureza jurídica no solo das operações de transação”. (PACHUKANIS, 2017, p. 173)

De acordo com Cirino dos Santos,

No trabalho de Pasukanis, essas questões são estudadas no contexto da transição histórica do "sujeito zoológico" - luta pela existência protegida pela responsabilidade coletiva do *gen* ou da família, que responde por atos dos membros, com a ofensa determinando a vingança de sangue, que produz a

vingança da vingança de sangue etc. - para o "sujeito jurídico" da reparação equivalente: a troca "igual" exclui a vingança de sangue, primeiro pelo talião, mais tarde pela composição (reparação em dinheiro) e, finalmente, pela pena proporcional ou equivalente ao crime, *medida pelo tempo*) o critério geral de medida do valor. A origem da transição é identificada na *forma mercantil* de mediação das relações sociais: o fato do *crime* se configura como modalidade de circulação social e a instituição jurídica da *pena* como "*equivalente geral*" de troca do crime – assim como o dinheiro, equivalente geral de troca de mercadorias -, proporcionável em tempo com a mesma justeza da divisibilidade da moeda (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 88)

Pachukanis destaca que, do ponto de vista puramente sociológico, ou seja, da análise do seu conteúdo e seu caráter, o sistema penal cumpre um papel fundamental na sociedade de classes, qual seja, é instrumento que assegura o domínio de classe da sociedade burguesa. Isto porque, “qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses daquela classe que o realizou”, ou seja,

A realização dessas relações de troca no direito penal é um dos lados da realização do Estado de direito como forma ideal de relação entre produtores de mercadoria independentes e iguais que se defrontam no mercado. Mas, assim como as relações abstratas não estão limitadas às relações abstratas entre proprietários de mercadoria, o tribunal penal é não apenas a encarnação da forma jurídica abstrata, e sim, ainda, uma arma imediata da luta de classes. Quanto mais aguda e tensa for essa luta, mais difícil se tornará exercer o domínio de classe na forma do direito. (PACHUKANIS, 2017, p. 174)

Assim, do ponto de vista de sua forma, o direito penal surge como um elemento da superestrutura jurídica, como parte integrante da ordem jurídica. Com a introdução do princípio da equivalência a luta nua pela existência, a vingança sangrenta, adquire forma jurídica.

Deste modo, é através da análise de sua forma que Pachukanis busca fundamentar o direito penal. Assim, o apanhado histórico acima sintetizado,

Afirma Pachukanis, aponta para uma conclusão adequada, mas ainda assim limitada: ver no direito penal um instrumento de defesa da dominação de classe revela uma nota fundamental de seu conteúdo; cumpre, entretanto avançar -- de forma coerente com proposições já delimitadas nos capítulos anteriores -- e perquirir sobre a gênese e o desenvolvimento da forma jurídico-penal. (SOARES DE SOUZA, 2016, p. 279)

Isto posto, é na compreensão de que a forma jurídica é específica do modo de produção capitalista, que tal especificidade será afirmada também no direito penal, “uma vez que encarna uma variedade dessa forma fundamental à qual a sociedade moderna está

subordinada: a forma da troca de equivalente com todas as suas consequências e implicações”. (PACHUKANIS, 2017, p. 173-174) . Sendo assim,

Ainda que o princípio da equivalência atue nas formações sociais pré-capitalistas, é no modo de produção capitalista que a forma jurídica, mais especificamente a jurídico penal, adquire sua especificidade. É apenas quando o trabalho abstrato – trabalho humano medido pelo tempo – se torna dominante que a pena passa a se relacionar com a privação de determinado tempo”. (MASTRODI; FURQUIM, 2014, p. 164).

Isto porque, o trabalho abstrato é a forma de equivalente sem a qual a troca não se realiza, e, dessa forma, é a equivalência mercantil que estabelece a quantidade da pena, numa relação de troca de tempo pelo delito cometido, ao passo que quantifica o valor na mercadoria. “De forma mais simples, o indivíduo troca seu tempo a fim de reparar o dano – proporção entre o delito e reparação.” (MASTRODI; FURQUIM, 2014, p. 164).

Equivale dizer, portanto, que a relação de equivalência entre a pena e o delito é medida em tempo porque o tempo é a própria medida do valor na sociedade capitalista. De modo que aquele que comete o dano o repara com uma medida proporcional de tempo, desta forma, de mesmo valor.

Retomando o que já foi dito, Pachukanis afirma que não é apenas superando a noção dos conceitos do direito penal que sua própria superação será possível, como afirmam alguns criminólogos:

que os principais obstáculos para a criminologia moderna são os três conceitos: culpa, delito e pena: “quando os eliminarmos”, acrescenta, “tudo será melhor”. (...) Enquanto a forma da mercadoria e a forma do direito que dela se origina continuarem a impor sua marca na sociedade, a ideia, no fundo absurda, ou seja, do ponto de vista não jurídico, de que a gravidade de cada delito pode ser pesada e expressa em meses ou anos de encarceramento conservará, na prática judiciária, sua força e real significado. (PACHUKANIS, 2017, p. 180)

3. UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA OBRA DE LOUK HULSMAN

Neste momento, procuro fazer uma análise crítica da proposta de abolicionismo penal de Louk Huslman, a partir da formulação teórica de Pachukanis. No entanto, antes de iniciar tal abordagem, cumpre fazer algumas considerações acerca das objeções que são feitas ao próprio Pachukanis.

A crítica da forma penal assentada na equivalência, como levada a efeito por Pachukanis, pode suscitar questionamentos sobre uma possível abertura ao positivismo criminológico, na medida em que tenderia a devolver a questão criminal ao âmbito médico-biológico e mesmo a certo determinismo sociológico. (SOUZA, 2016, p.283)

Tal objeção dirige-se à seguinte afirmação de Pachukanis:

Pois até a criminologia burguesa progressista chegou, teoricamente, à conclusão de que o combate à criminalidade, por si só, pode ser visto como uma tarefa médico-pedagógica que os juristas, com seus “corpos de delito”, seus códigos, seus conceitos de “culpabilidade”, de “responsabilidade ampla ou reduzida”, suas sutis diferenciações entre cumplicidade, participação, incitação etc., são absolutamente incapazes de resolver. (PACHUKANIS, 2017, p. 80)

Diante de tal objeção, é importante destacar que

O que é certo, contudo, é que a ênfase no capítulo de TGDM que trata do direito penal reside muito mais em sua crítica da forma jurídica do que no esforço de propor algum modelo normativo para a questão criminal em um cenário de extinção da forma jurídica. (SOUZA, 2016, p.286)

Entendo que Pachukanis, na verdade, na citação anteriormente realizada, não se aproxima do positivismo criminológico, que define o crime enquanto dado ontológico pré-constituído. Como Pachukanis entende que as categorias abstratas da dogmática jurídico penal, cite-se o crime, por exemplo, existem em condições históricas determinadas, estas não se constituem como mera prescrição normativa estatal.

Assim, Pachukanis entende que não é o Estado que cria o crime, no entanto, para ele o crime não é um dado ontológico, diferente do entendimento da vertente positivista, mas sim resultado das relações de produção.

A significação do crime, da pena e da culpa, que se apresentam de modo mistificado nos objetivos declarados da pena como prevenção e proteção de bens jurídicos, mas que de fato constituem formas de garantia das próprias relações de produção capitalista, como bem explicita a criminologia crítica.

Assim se apresentam porque as relações históricas que o determinam são portadoras de antagonismos de classe, de modo que, superadas tais relações, ou seja, superadas as relações cindidas em classes sociais, os fatos sociais ora definidos como crime poderiam ser tratados por *regras técnicas*, as quais não seriam portadoras dos antagonismos inerentes à regulamentação jurídica. Por isso Pachukanis afirma que

Apenas a completa extinção das classes dará a possibilidade de se construir um sistema de política penal do qual serão excluídos quaisquer elementos de antagonismo. Mas há, ainda, a pergunta se em tais condições haveria a necessidade de um sistema penal. (PACHUKANIS, 2017, p. 173)

No que se refere ao abolicionismo penal, como apresentado acima, o mesmo surge como uma proposta de política criminal alternativa, segundo a qual se faz necessária a supressão do próprio sistema penal em sua totalidade, tanto do ordenamento jurídico penal, quanto da prática punitiva estatal.

Louk Hulsman, como vimos, defende a supressão universal do direito penal, e como alternativa propõe mudanças como a substituição do que denomina de vocabulário do crime por um outro que não possua este caráter; a criação de mecanismos que possibilitem uma aproximação entre vítima e ofensor; a superação do maniqueísmo predominante no discurso e na prática jurídico-penal, bem como apresenta propostas de institutos de resolução de conflitos que não perpassem pela aplicação de uma pena no sentido em que é aplicada pelo sistema penal.

Hulsman, assim como outros teóricos abolicionistas penais, reconhece que o direito penal produz um sofrimento estéril, que cria o crime e, conseqüentemente, cria culpados, assume que a criminalização é um mecanismo estigmatizante. No entanto, ele não reconhece “o sistema penal como produto do modo de produção capitalista, mas como um

problema em si, como se a abolição do direito penal resolvesse também todas as suas consequências”. (MASTRODI; FURQUIM, 2014, p. 167).

O Direito, e por consequência o Direito Penal, não se fundamentam por uma vontade estatal, mas sim como forma historicamente determinada, derivada do modo de produção capitalista, sua superação não pode dar-se meramente através de uma política alternativa adotada pelo Estado, mas sim pela própria superação dos elementos estruturais que o determinam.

O sentido abolicionista da teoria de Pachukanis é, portanto,

bastante diverso daquele que se tornou dominante no terreno das criminologias críticas, especialmente na segunda metade do século XX, tendo como principais propulsores o norueguês Nils Christie e o holandês Louk Hulsman.

Hulsman, em sua fenomenologia dos sistemas penais, vê

a possibilidade de desconstrução social, cultural e comunitária dos conceitos de crime e pena, os quais, denunciados como meios desumanos de inflicção inútil e injustificável de dor, cederiam espaço a uma nova linguagem dos conflitos sociais, por meio da valorização de métodos civis de composição de conflitos, da formação de mecanismos participativos de justiça (...) (SOARES DE SOUZA, 2016, p. 287)

O cerne das diferenças entre esses dois autores parece residir na distinta identificação da gênese do direito penal. Assim

(...)Hulsman e Pachukanis, é verdade, cabem na denominação abolicionista, eis que advogam a eliminação “radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos” (ZAFFARONI, 1991, p. 97). Seus fundamentos, não obstante, são diversos: de um lado, parte-se de uma fenomenologia do sistema penal que propõe sua superação da linguagem e da cultura que o instituem; de outro, identifica-se a gênese da relação jurídica penal para ver nessa linguagem uma forma aparente de sua expressão. (SOARES DE SOUZA, 2016, p. 289)

Não basta afirmar que o crime é um mecanismo estigmatizante, nem mudar o vocabulário, “a alteração terminológica não muda a essência da coisa” (Pachukanis, p. 180), não basta que o sistema penal seja abolido para que outras instâncias de resolução de situações problema o substituam. Isto porque, enquanto a forma da mercadoria e a forma do direito que dela se origina permanecerem, tais soluções continuarão a derivar das mesmas.

O abolicionismo do sistema penal é uma forma de redução de danos do sistema, que trata das consequências penais sem tratar das causas sociais. Embora os envolvidos -- vítima e criminoso na linguagem atual -- possam ser tratados com mais dignidade, a estrutura social capitalista em que vivemos continuaria determinando as causas de violência e de perpetuação das situações-problema, para as quais aplicaria medidas correspondentes a este modo de produção. Alterar as consequências penais e não as causas sociais, significa conservar a forma. Por exemplo, a modificação da linguagem apenas trataria os envolvidos com maior apreço e não alteraria a realidade determinada por relações sociais específica. (FURQUIM, MASTRODI, 2014, p. 169)

“É difícil apartar o crime de sua base objetiva, já que ele não pode despojar-se de sua forma de equivalência sem perder sua característica fundamental”. (Pachukanis, p.182). Dessa forma, no momento em que não restarem mais requilíbrios do princípio da equivalência, quando a ideia derivada de tal princípio de que criminoso deve responder com sua liberdade na medida de sua responsabilidade, “o crime deixa de ser crime no sentido jurídico da palavra”. (PACHUKANIS, p. 176). Segundo Pachukanis,

Os conceitos de delito e pena, como ficou claro a partir do que foi exposto anteriormente, são definições necessárias da forma jurídica, das quais poderemos nos livrar somente quando dermos início à eliminação da superestrutura jurídica em geral. E, quando começarmos de fato, não apenas nas declarações a eliminar esses conceitos e conseguirmos nos virar sem eles, esse será um sintoma de que, diante de nós, alargam-se os estreitos horizontes do direito burguês. (PACHUKANIS, 2017, p. 183).

Assim sendo, a teoria de Louk Hulsman apresenta limitações na medida em que não leva em consideração a estrutura social do modo de produção enquanto determinante do sistema penal – como retribuição equivalente. Por conseguinte, ainda que surjam medidas alternativas ao direito penal, sua forma ainda seria determinada pelas mesmas bases sociais que determinam o que hoje denominamos crime e suas causas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos a partir do estudo da criminologia crítica, o sistema penal não cumpre, na prática, os objetivos declarados que proclama em seu discurso oficial. O direito penal, na verdade, cumpre um papel estigmatizante, a prática punitiva é exercida de forma seletiva e age ativamente no aprofundamento das desigualdades sociais e, por isso, na manutenção do *status quo*.

Nesse sentido, Hulsman elabora uma importante crítica ao sistema penal, ao perceber a prática punitiva estatal enquanto uma forma de infringir dor sem sentido, que não ressocializa o indivíduo e sequer realiza sua função de prevenção.

No entanto, o que se pretendeu neste trabalho foi demonstrar que o conteúdo do direito penal, que garante as relações de produção capitalistas, e por isto é instrumento que assegura o domínio de classe da sociedade burguesa, não é o que o determina, mas sim sua forma jurídico-penal.

As propostas de Hulsman de substituição do sistema penal por outras formas de resolução de conflitos, ainda que implementadas, não irão superar o elemento característico da própria forma jurídico penal, ou seja, a forma da equivalência.

As propostas da criminologia crítica de redução do sistema de justiça criminal e de humanização de sistema prisional têm uma importância fundamental, uma vez que as consequências da prática punitiva estatal, em especial o cárcere, exercem uma influencia real na vida concreta dos indivíduos. Assim a luta pela redução dos danos perpetrados pela instituição penal é notável e necessária, porém insuficiente.

Isto porque, como se apreende do ponto central da formulação de Pachukanis, as causas e consequências do crime são “determinadas fundamentalmente pelas relações de produção de produção capitalistas” e “somente pela substituição destas é que se poderia alterar a realidade do direito penal e de toda forma jurídica que conhecemos”. (FURQUIM, MASTRODI, 2014, p. 172)

Por fim, importante mencionar que esta

“análise marxista dos problemas da teoria geral do direito – e também do sistema penal – não possui, de modo algum, um interesse meramente acadêmico”, na medida em que a crítica pleiteia a transformação da realidade. (FURQUIM, MASTRODI, 2014, p. 172-172)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, Reinaldo Santos de. A política criminal alternativa a: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26830/Dissertacao.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18/07/2017.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Criminologia crítica e reforma da legislação penal. Disponível em: <www.cirino.com.br> Acesso em 25/08/2017.

CIRINODOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: O sistema penal em questão. 2ª ed. Niterói: Luam Editora, 1997.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a teoria geral do direito e o marxismo. Disponível em: <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/245>. Acesso em: 20/07/2017.

MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASTRODI, Josué; FURQUIM, Gabriel Martins. Pachukanis e o abolicionismo penal de Hulsman e Christie. In Revista Direito e Práxis, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 150-175. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/10507/10644>>. Acesso em: 14/08/2016.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. Teoria geral do direito e marxismo. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PASSETTI, Edison (org.); KARAM, Maria Lúcia; BATISTA, Nilo; OLIVEIRA, Salete; RODRIGUES, Thiago; BATISTA, Vera Malaguti. Curso Livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SOUZA, Marcel Soares de. Pachukanis e o direito penal: entre o positivismo criminológico e o abolicionismo revolucionário. Revista insurgência. v. 2, n. 1. 2016. PP. 269-294.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.