

SUELINE JUSTUS MARTINS

**REPUBLICANISMO E SISTEMA PENAL,
A PARTIR DE BRAITHWAITE E PETTIT**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Professor Dr. Eliezer Gomes da Silva

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

SUELINE JUSTUS MARTINS

REPUBLICANISMO E SISTEMA PENAL,
A PARTIR DE BRAITHWAITE E PETTIT

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Gilberto Giacoia
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Curitiba, 5 de setembro de 2009.

Ao Marcus que com amor e paciência me acompanhou nessa etapa, me sustentando nas crises e necessidades...

Aos meus meninos Flavius Vinicius e Raphael, sempre generosos e compreensivos, e como não poderia esquecer minha mãe, berço de conforto e paz.

AGRADECIMENTOS

Tal qual uma fachada em construção, assim é a natureza humana. Originou-se de um planejamento que vai lentamente se corporificando. Nessa construção, cada nova etapa marca uma pequena vitória, fruto de nova realização. Mas não sem lutas e nunca sem a colaboração da família, dos amigos, dos colegas, dos professores.

Levar a termo uma pesquisa de mestrado, é necessariamente coletiva, e por esta razão estendo meus agradecimentos aos que de muitas formas me ajudaram a conquistar esta vitória.

Estou especialmente grata pela UniBrasil pela estrutura, organização e apoio, apesar de tão recente no meio acadêmico paranaense.

Tenho que agradecer aos professores, doutores e doutoras que me intrigaram com as suas questões, me deslumbraram com seu conhecimento e esforço.

Tive a especial satisfação de ter um orientador, Dr. Eliezer Gomes da Silva, extremamente capacitado, profundo conhecedor, que me acompanhou nesse caminho de investigação sem o qual nada teria sido possível. Tive com o mesmo o exemplo de um mestre que ilumina o caminho dos alunos.

Aos professores doutores Marcos Augusto Maliska e Gilberto Giacoia que integrarão a banca examinadora, especialmente grata pelas lembranças, pelas orientações, comentários e sugestões oferecidas.

Finalmente, todo os apoiadores, meus colegas de classe, que no esforço dessa construção me auxiliaram, os funcionários da UniBrasil, em especial a Simone Lourenço e a Adriane Picelli, que me disponibilizaram sempre um sorriso amigo e acolhedor.

Concluo com o mais importante – esse trabalho é resultado de um sonho que Jesus pôs em meu coração “(...) Louvarei ao Senhor que me aconselhou...”

“Inchina o Dio mio, il tuo orecchio, ed ascolta; apri gli occhi, e vedi le nostre desolazioni, e la città che si chiama del tuo Nome; perciocchè noi non presentiamo le nostre supplicazioni nel tuo cospetto, fondatti sopra le nostre giustizie, anzi sopra le tue grandi misericordie.”

Daniele 9:18

RESUMO

A presente dissertação propõe uma reflexão em torno das teorias da pena, iniciando no retributivismo, passando pelo utilitarismo, neoretributivismo e modelos híbridos que buscam nos alvos utilitaristas e nas constrações do retributivismo um modelo de teoria híbrida da pena. Propõe o estudo do republicanismo na Justiça Criminal à luz de John BRAITHWAITE e Philip PETTIT e vai tratar em PETTIT, a liberdade como não-dominação como uma liberdade que protege o direito individual de cada um na sociedade, de acordo com os princípios de direitos humanos. Vai propor um diálogo com a teoria com suas objeções, aplicações e associações. Faz uma análise da história republicana brasileira e sua importância para a configuração de um sistema penal contemporâneo. Nas questões afetas a uma teoria republicana fará uma análise da polícia, supervisão, prisão e crimes de colarinho branco como assuntos de grande emergência na agenda de política criminal. Como saída para um sistema de justiça criminal mais justo e igualitário e mais humano vai propor o modelo da justiça restaurativa, com enfoque nos princípios da reprovação do crime, da reintegração de vítima e ofensor, reparação dos danos e solução pacífica dos conflitos.

Palavras-chave: Teorias da pena, retributivismo, utilitarismo, modelos híbridos, liberdade republicana, republicanismo, teoria republicana da justiça criminal, justiça restaurativa, direitos humanos.

ABSTRACT

This dissertation proposes an approach about the theories of punishment, starting in the retributivism, going through utilitarianism, neoretributivism and hybrid models of punishment that conciliate both the targets from utilitarian doctrines and the constraints from “just deserts” doctrines, and show the contemporaneous controversies. It proposes, as well an analysis in the republicanism in the criminal justice system according to the theory of BRAITHWAITE, John and PETTIT, Philip and then it will take in PETTIT a liberty as *non domination* as one that protects the “dominion” of each person in the society according to the human rights. Proposes a dialogue between the republican theory of criminal justice and its objections, applications and associations. Makes an analysis in the Brazilian republican history and its importance to a contemporaneous penal system. In the republican theory it will seek an analysis of police, supervision, prison and “white-collar crimes” as emergency questions on criminal and public agenda. As a solution to the criminal justice system being more fair, human and egalitarian it proposes a restorative model of justice, focusing in the principles of crime reprobation, reintegration both of victims and offender, the harm reparation and a pacific resolution of social conflicts.

Keywords: Theories of punishment, retributivism, utilitarianism, hybrids models of punishment, liberty, republican liberty, human rights, republicanism, republican theory of criminal justice, restorative justice;

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	1
I FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICA-FILOSÓFICA DO PODER DE PUNIR	4
1.1. Retributivismo.....	5
1.2. Utilitarismo.....	11
1.3. Neoretributivismo.....	17
1.4. Teorias Agnósticas.....	21
II REPUBLICANISMO E JUSTIÇA CRIMINAL À LUZ DE PETTIT E BRAITHWAITE	26
2.1. A Liberdade.....	26
2.2. A Liberdade Republicana.....	29
2.3. A Liberdade como Não-Dominação.....	33
2.4. Perda da Liberdade como Não-Dominação.....	35
2.5. Liberdade Republicana no Sistema de Justiça Criminal.....	45
2.6. “ <i>Dominion</i> ” e a Liberdade Republicana.....	46
2.7. Superando a Dicotomia Retributivismo/Utilitarismo.....	48
2.8. Características de uma Teoria Republicana da Justiça Criminal.....	55
2.8.1. Os Alvos da Teoria.....	59
2.8.2. Princípios da Teoria.....	60
2.9. Tipos de Penas da Teoria	63
2.10. Supervisão Policial.....	67
2.11. Seleção de Fatos para Investigação e Denúncia.....	71
2.12. Administração das Penas nas Penitenciárias.....	74
2.13. Fundamento da Pena para a Teoria.....	77
2.14. Igualdade?.....	82

III DIALOGANDO COM A TEORIA – OBJEÇÕES, APLICAÇÕES E ASSOCIAÇÕES.....	86
3.1. A Crítica dos Neoretributivistas “ <i>Just Deserts v. Not Just Deserts</i> ”	86
3.2. A História republicana brasileira e sua importância para a configuração contemporânea do sistema penal.....	94
3.3. Desafios contemporâneos para um sistema penal verdadeiramente republicano.....	129
3.3.1. Os movimentos “ <i>Law and Order</i> ” e “ <i>Tolerância Zero</i> ”.....	129
3.3.2. Polícia e Policiamento.....	134
3.3.3. Polícia Comunitária ou Proativa.....	137
3.3.4. A pena de prisão.....	143
3.3.5. Crimes de colarinho branco.....	154
3.3.6. Justiça Restaurativa.....	157
3.3.6.1.Características da Justiça Restaurativa.....	163
3.3.6.2.Desafios à Justiça Restaurativa.....	166
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	168
BIBLIOGRAFIA.....	173

INTRODUÇÃO

A ineficácia do sistema penal brasileiro, na complexa realidade da modernidade tardia, tem reflexos na precária situação da segurança pública, nos atentados à dignidade dos presos provisórios e dos confinados em penitenciárias, na impossibilidade de reintegração do egresso na sociedade. Tudo isso agrava as já crescentes cifras da delinquência e intensifica a preocupação coletiva com a questão criminal.

Na medida em que cresce a insatisfação da comunidade e dos profissionais do direito com a ineficiência do sistema penal, há também uma escassez de trabalhos acadêmicos que articulem ponderações do direito penal, do direito constitucional e da filosofia política na discussão dessa persistente crise de legitimidade da justiça penal. Muitos constitucionalistas têm refletido sobre as questões do Estado de Direito Democrático, mas raramente têm se preocupado com as questões afetas à teoria do estado em consonância com a justiça criminal. Ocorre que é exatamente o aumento da criminalidade, a precariedade da segurança pública, a superpopulação carcerária, a impunidade, a corrupção nos órgãos públicos, o surgimento de comandos “policiais” paralelos, o aumento do crime organizado, a percepção de insegurança coletiva, que deveriam estimular um repensar da justiça criminal à luz das exigências do Estado de Direito Democrático, em suas bases republicanas.

Esperava-se no passado que criminologia e política criminal, muito embora, afetas ao mesmo espaço da ciência penal, operassem estanques. A criminologia estaria livre de qualquer espécie de contágio de cunho político, e a política da mesma forma livre para orientar qualquer programa de governo no campo criminal. Entretanto, sobretudo com a efervescência da reflexão criminológica crítica, notadamente a partir da década de 70, criminologia e política criminal passaram a ser cada vez mais reconhecidas como de recíproca influência. Neste sentido assinalam FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE: “A crescente politização do problema criminal, bem como a sua generalizada discussão,

provocada pelo movimento de reforma penal que por toda a parte se fez sentir a partir dos anos cinquenta, alargaram substancialmente o foro da política criminal.”¹

Um exemplo é o debate acerca dos fins da pena, de crucial importância na investigação do papel do Estado quer seja no combate ao crime, quer seja na prevenção, na resolução dos conflitos. As espécies de penas aplicadas e executadas, além de revelarem a forma como o Estado trata os agentes ofensores, também evidencia até que ponto o sistema penal contribui para a construção de uma sociedade igualitária, democrática, uma sociedade que propicia a minimização da violência, que favorece condições para diminuição da criminalidade, que rejeita a seletividade penal, que busca a restauração dos conflitos desencadeados no crime, sob a ótica da vítima e do ofensor. Assim as funções atribuídas à pena (caráter retributivo, preventivo ou uma combinação desses enfoques), que se desdobraram em múltiplas e influenciaram de forma lapidar as concepções penais e filosóficas na doutrina e nas legislações, são em verdade, esclarece Juarez Cirino dos SANTOS², instrumentos do programa de controle do crime e da criminalidade na sociedade. E a questão de saber se o ofensor deva ser punido (porque mereça, porque deva parar de delinquir, para desencorajar outros nas práticas delituosas, para proteção da sociedade dos perigosos e desonestos, para permitir que os ofensores reparem o dano, para reassegurar à vítima a credibilidade da justiça criminal, para que as pessoas percebam que devem obedecer à lei) traz enormes dificuldades, diz HUDSON, porque as razões podem ser conflitantes.³

Apesar de a Carta Magna Brasileira ser um documento substantivo, que contempla uma infinidade de direitos e garantias individuais e uma vastidão de programas capazes de diminuir o caos em que se encontra a justiça criminal, muitos de seus artigos estão infinitamente distantes da realidade em que nos encontramos, como se tratasse, por assim dizer, de uma constituição escrita parcialmente

¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge. COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra.1997. p. 106.

² SANTOS. Juarez Cirino dos. **Direito Penal.** Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris. 2006. p. 452.

³ HUDSON, Barbara. **Understanding Justice. An Introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory.** Buckingham. Philadelphia: University Press. 2003. p.03.

simbólica⁴. Portanto, investigar o modelo democrático nas suas possíveis implicações com os problemas afetos ao sistema penal, sobretudo a partir das reflexões de pensadores modernos, a polarizarem entre o liberalismo e o republicanismo, é o que se pretende pesquisar no presente trabalho. Nesse particular, a dissertação valer-se-á, como principal marco teórico, da teoria republicana de Philip PETTIT e sua ideia de liberdade como não-dominação, tendo como pressuposto basilar a proteção dos direitos humanos.

O primeiro capítulo abordará as teorias da pena. Investigará as perspectivas retributivistas (inclusive sob sua variante mais moderna, o neoretributivismo ou “*just deserts*”⁵), o utilitarismo, os enfoques agnósticos e os modelos híbridos, clássicos e contemporâneos.

No segundo capítulo será detalhada a proposta teórica de BRAITHWAITE e PETTIT, praticamente desconhecida na literatura de língua portuguesa, de uma abrangente teoria republicana da justiça criminal que procura superar o velho debate entre utilitarismo e retributivismo.

No terceiro capítulo, serão apresentadas as conhecidas objeções à teoria republicana da justiça criminal, bem como suas potenciais associações e aplicações à luz da tradição histórica brasileira e das grandes questões contemporâneas de funcionamento das instituições do sistema penal e de formulação de políticas criminais (inclusive no que tange ao modelo da justiça restaurativa).

⁴ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.186.

⁵ Trad. Livre. Justo merecimento.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-FILOSÓFICA DO PODER DE PUNIR

A resposta à indagação sobre qual a pena certa, sua essência ou finalidade (na exata proporção do dano, para intimidar o réu, especificamente, ou a comunidade de modo geral, para incapacitar, curar, reabilitar, ressocializar, restaurar situações pessoais) não parece ser simples. Esse debate, em torno da pena, de suas teorias e de suas finalidades, conquanto complexo, remanesce como de grande e urgente importância.

Os valores mais significativos de uma sociedade são determinados por ideologias e as ideologias, boas ou más, justificam as decisões dos que detêm o controle social nas mãos. Elas podem se revestir de razões econômicas, religiosas, raciais, de “paz” ou “bélicas”. Na verdade, a defesa do discurso bélico sempre tem um conteúdo ideológico, do imperialismo, da força, do mercado, da “defesa contra a opressão”. Foi o que aconteceu em Ruanda, no Afeganistão, Paquistão, Iraque, Kwait, em Guantânamo, etc. ZAFFARONI e PIERANGELLI comentando a respeito dessas ideologias, salientam que “cada ideologia tem a sua idéia do homem”⁶. A ideologia que dificulta a entrada de estrangeiros nos países ricos muitas vezes tem justificações na defesa da cidadania desses países ricos, assim como as que mantêm e fomentam conflitos bélicos justificadas por razões econômicas, sociais e até religiosas.

As ideologias influenciam as penas a serem impostas. Elas estão por trás dos debates ideológicos, por trás do discurso. Por essa razão, as reflexões em torno das teorias da pena assumem papel essencial, de grande relevância, uma vez que revelam os propósitos elementares do discurso penalógico, à luz dos princípios democráticos, republicanos, à luz da defesa dos direitos individuais do homem. Quando essas ideologias são expostas tendo por pano de fundo os princípios democráticos, é possível que sejam descortinadas as razões e proposto um debate franco. Com as informações e dados reunidos, percebe-se o que é realmente

⁶ZAFFARONI. E. Raúl. PIERANGELLI. José Enrique. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 4.a.ed. São Paulo: Ed. RT. 2002. p. 67.

legítimo para fundamentar políticas, orientações e diretrizes político-criminais que tenham como única razão os direitos humanos.

Sociólogos, filósofos, penalistas se encontram no questionamento sobre o utilitarismo, retributivismo, neoretributivismo e as teorias deslegitimadoras do direito penal, buscando suplantar a polêmica em torno da pena, procurando respostas para sua justificação. Ocorre que a pena é só uma faceta periférica de todo essa questão. Bem antes que o ofensor seja ou não adequadamente apenado pelo cometimento da ofensa, tem-se a própria questão político-criminal de saber o que é crime, suas causas e a questão de saber se há uma forma que possa tornar esse dilema menor ou menos precário.

1.1 RETRIBUTIVISMO

Os primeiros assentamentos humanos continham formas simples e sacrais para disciplinar as atividades desordenadas ou consideradas erradas pelo grupo, ou pelo sagrado. As primeiras penas, que advinham de uma reação privada ao crime, desencadeavam penas não só no ofensor, mas em todo o grupo: mortes, banimentos, vingança de sangue, etc. O primeiro princípio norteador procurou identificar a pena na exata medida do dano causado pelo crime. A pena deveria ser razoável e proporcional à severidade da infração.

A racionalidade retributiva não é recente, podendo-se citar, a propósito, o talião, entre os hebreus.⁷ O talião tinha um caráter ordenado, com vinganças não privadas, mas formais e solenes, aparecendo nos livros de Êxodo, Levítico e Deuteronômio.⁸ Diferenciava-se a pena do homicídio doloso do culposo, tendo neste último o dever de permanecer numa cidade de refúgio⁹. Previa absolvição para tentativa de homicídio, com restituição e responsabilização pela cura do ofendido. Nos casos de lesões graves, o famoso verso que consagrou o talião: “então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” Num período posterior,

⁷ HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p.38.

⁸ As primeiras referências são os 10 mandamentos em Êxodo 20:3 a 17.

⁹ A referência é de Números 35:6.

substituiu-se a pena de morte pela prisão perpétua sem trabalhos forçados, a pena de tália pela multa, prisão e imposição de gravames.

As teorias retributivistas nasceram de uma grave e imprescindível necessidade social, da crise que antecede o Iluminismo, destaca BITENCOURT, comentando MIR PUIG e CONDE,¹⁰ pois: “na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça”.¹¹ Esse período de transição entre o Estado medieval da baixa Idade Média e a sociedade liberal, surge o Estado absolutista, decorrendo daí,

“(…) um aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital. Obviamente, diante do efetivo desenvolvimento que esta nova classe social estava experimentando, fazia-se necessária a implementação de meios para proteger o capital, produto da pujança dos novos capitalistas.” “a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista”¹².

Os fundamentos da pena já não serviam mais diante das novas concepções liberais e contratualistas do novo Estado, e assim elas passaram a retribuir ou compensar à ordem jurídica violada. Nesse diapasão BITENCOURT ostenta que para a concepção liberal de Estado a pena já não podia se manter fundamentada na identidade entre Deus e o soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens¹³.

O retributivismo destacou-se por impingir penas determinadas, o “justo merecimento”, penas idênticas para iguais condutas, mas alheias às características pessoais do agente. Conferiu à pena uma graduação, de mínimo e de máximo, entretanto não consegue responder à questão: “por que punir?”, não se desincumbe

¹⁰BITENCOURT. Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Vol. I 6.^a ed. 2000 São Paulo: Saraiva, p. 65.

¹¹ZAFFARONI e PIERANGELLI. **Manual...**, op.cit.,p.67.

¹²ZAFFARONI e PIERANGELLI. **Manual...**, op.cit.,p.67.

¹³ZAFFARONI e PIERANGELLI. **Manual...**, op.cit.,p.68.

da tarefa de responder por que o roubo merece uma pena, por exemplo, de 5 a 10 anos de reclusão. Não consegue explicar quais os critérios utilizados para essa ou aquela pena, como se deu essa ou aquela graduação. Que crimes são mais violadores dos bens jurídicos que outros? Que penas são mais severas que outras?

FERRAJOLI considera o retributivismo como parte das teorias absolutas, a pena como um fim em si mesma, como castigo, um correspondente ou reação, reparação, uma retribuição justificada por seu valor axiológico, um “dever-ser meta jurídico” que tem em si o fundamento.¹⁴ O retributivismo exercitou um fascínio em todo o mundo e FERRAJOLI sustenta que nunca foi abandonado. Em crise no iluminismo, ressurgiu no Século XVIII em duas correntes: a primeira, de Emmanuel KANT, designava-se por uma retribuição ética, justificada pelo valor moral da lei penal quebrada pelo culpado e do castigo imposto,¹⁵ a de HEGEL, que concebia a retribuição como de cunho jurídico, por contrária ao direito violado e a consequente necessidade de reparação.¹⁶ No entanto, para FERRAJOLI, não existe qualquer diferença entre as duas correntes, posto que HEGEL sustenta sua afirmação no “*ethos*”, que se baseia em um valor moral, tal como KANT. Trata-se de uma radical crença, observa ele, citando Morris GINSBERG, em um nexos entre culpa e punição.¹⁷

Apesar de apresentar questões ainda sem soluções, essas teorias retributivistas ganharam ascensão a partir dos anos 70 e nos anos 80 se tornaram as teorias penais de maior influência.¹⁸ FERRAJOLI assinala que a confusão existente entre o problema da “finalidade geral justificadora da pena”, que não pode deixar de ser utilitarista e voltada para o futuro, e aquela de sua “distribuição”, que advém de uma base retributivista e portanto se volta para o passado, é na verdade um equívoco entre as bases teóricas de KANT e HEGEL. São duas questões distintas: um é o problema do escopo (finalidade) da legislação penal e o outro o da

¹⁴FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.** Roma: 2000. Ed. Laterza .p.239.

¹⁵FERRAJOLI, Luigi. **Diritto...**, op.,cit.p.241.

¹⁶FERRAJOLI, Luigi. **Diritto...**, op.,cit.p.241.

¹⁷FERRAJOLI. **Diritto...**, op.,cit.p.241.

¹⁸ HUDSON. **Understanding...**, op.,cit.p.39.

motivação da pena. A retribuição não é um escopo, mas um meio – acrescenta ROSS.¹⁹ Esta confusão vem da falta de razão legal e judicial da pena, a questão do por que punir foi substituída pela questão sobre quando punir.

A teoria retributivista responde sobre quando punir e admite que é na legitimação interna que se reconhece o princípio da retributividade, por força de uma condição necessária que é o cometimento do delito, segundo FERRAJOLI.²⁰ O “quando punir” é a razão judicial e o “por que punir” a razão legal. De fato, dizer que a pena é justificada “*ob malum actionis*” ou “*qui é peccatum*”, equivale a dizer quando é justificado (ou possível ou lícito) punir e não diz absolutamente nada sobre por que é justificado (necessário ou oportuno) punir. De outra forma, salienta FERRAJOLI, resolvido o problema ou o equívoco, cairia também o argumento de PACHUKANIS, ao argumentar que o vínculo entre retribuição e duração das penas refletiria uma concessão vindicativa, sinalagmática ou retributivista do escopo da pena.²¹ A teoria só é explicada por uma confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, legitimação interna e justificação externa. A concessão da pena é uma retribuição ética, que atribui a pena um valor moral correspondente ao desvalor moral ontologicamente associado ao crime.²² Mas é implícita a retribuição jurídica.

Na Itália, os autores retributivistas mais influentes foram ROSSI, CARRARA e PESSINA e na Alemanha os inesquecíveis KANT, HEGEL e BINDING. O retributivismo ora se fundamentou numa retribuição de ordem divina como apontou STAHL e BEKKER, ora jurídica com HEGEL e PESSINA e ora moral com KANT. HEGEL analisa o delito como negação do direito e a pena como negação desta negação.²³ Tanto HEGEL quanto KANT não reconhecem medidas de intimidação e correção como fins da pena, mas somente a retribuição.

¹⁹ FERRAJOLI. *Diritto...*, op., cit. p. 243.

²⁰ “*Che riguarda la legittimazione esterna della pena, con las questione quando punire? Che riguarda invece la legittimazione interna e ammette come risposta precisamente il principio di retributivita, cioè la prima garanzia del diritte penale in forza della quale condizione necessaria della pena é anzitutto la commissione di um reato*” (FERRAJOLI. *Diritto...*, op., cit. p. 243)

²¹ FERRAJOLI. *Diritto...*, op., cit. p. 243.

²² FERRAJOLI. *Diritto...*, op., cit. p. 244.

²³ ROXIN. Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 85. op., cit. p. 83.

A pena no sistema retributivista não pode desvincular-se do seu conteúdo nem acima e nem abaixo de sua medida. É o que expõe Claus ROXIN.²⁴ O mérito do retributivismo se assenta no fato de que a teoria não permite, em virtude de sua correspondência à culpabilidade, dar uma pena drástica a um delito leve, o que delimita o poder punitivo do Estado e essa medida tem uma posição liberal de salvaguardar a liberdade. Com a ajuda das regras de delimitação da pena, se consegue uma medida calculável,²⁵ preservando-se o princípio da proporcionalidade.

ROXIN adverte que a teoria retributivista não pode ser sustentada cientificamente hoje em dia, pois a finalidade do direito penal consiste na proteção subsidiária dos bens jurídicos, e para esta tarefa não é permitido servir-se de uma pena que de forma expressa prescindia de todos os fins sociais. O fato de o retributivismo exigir uma pena mesmo quando não é necessária não serviria para os propósitos atuais e faz com que perca sua legitimação social. Nesse diapasão, o autor salienta: “O estado como instituição humana, não é capaz de realizar a idéia metafísica de justiça nem está legitimado para isso”.²⁶ ROXIN propõe que a ideia de que se possa infligir um mal pelo cometimento de outros males (o sofrimento da pena) só é suscetível em uma crença, ou fé. Também é indesejável no campo social, pois a execução de um mal não pode reparar os danos na seara social, ao que salienta inclusive que com frequência pode ser a causa do cometimento de delitos e não é um meio adequado de lutar contra a criminalidade. Ademais, o reconhecimento da teoria como “teoria da expiação”, tampouco lhe socorreria, pondera ROXIN, uma vez que o vocábulo “expiação” pode significar aceitar interiormente, assimilar moralmente o comportamento delitivo, se purificar e recobrar sua integridade, o que é desejável, embora possa ser melhor motivado por uma medida que ajude, não que retribua.²⁷

²⁴ ROXIN. **Derecho...**, .op.,cit.p. 83.

²⁵ ROXIN. **Derecho...**, .op.,cit.p. 84.

²⁶ ROXIN. **Derecho...**, .op.,cit.p. 84.

²⁷ ROXIN. **Derecho...**, .op.,cit.p. 84-85.

Mesmo carecendo de bases sólidas para se consolidar no direito pós-moderno, seu fundamento de punir o crime (e não a pessoa) imprimiu certa segurança, desencadeando seu crescimento a partir dos anos 70, com novas formulações, objetando os abusos operados pelas teorias utilitaristas, como será visto adiante, pelos excessos nos processos pretensamente reabilitativos, nas sentenças indeterminadas etc. Com efeito, o resgate desse viés garantista assentou as bases de uma renovação do retributivismo (conhecida por neoretributivismo), francamente contrário às perspectivas utilitárias (como o prevencionismo). Agora veremos, as teorias utilitaristas e quais foram os contornos penais que possibilitaram essa revigorada crítica retributivista.

1.2 UTILITARISMO

Primeiramente, não se há de confundir os postulados das chamadas “escolas penais”²⁸ com as teorias da pena. Muito embora seja verdade que foi no âmbito da Escola Clássica²⁹ que a teoria retributivista foi consolidada e mais se propagou, é igualmente verdade que seu fundador MARQUÊS DE BONESANA, o famoso BECCARIA³⁰ tenha posicionado a pena como fim e não como retribuição, dando especial destaque à prevenção dos crimes, evocando leis claras e precisas, favorecendo menos as classes que os próprios homens. Os postulados de

²⁸ As principais Escolas Penais são a Clássica e a Positiva.

²⁹ A Escola Clássica teve tanto defensores retributivistas quanto utilitaristas. O clima de insatisfação da Idade Média culminou num repensar e um ideal de estancar tantas barbaridades sobretudo no direito penal. Assentou-se uma urgência em por fim às arbitrariedades que eram mais na base pessoal que objetiva. Duas correntes surgiram na Itália: a jusnaturalista, que veio exigir a retribuição penal com ROSSI, CARRARA E PESSINA e a contratualista, sob influência do iluminismo com BECCARIA, FILANGIERI, ROMAGNOSI e CARMIGNANI. Na Alemanha, o retributivismo se deu com mais plasticidade com KANT, HEGEL, BINDING, BIRKMEYER e BELING. FEUERBACH inicialmente inspirado por KANT, se desvincilhou do retributivismo e abraçou o prevencionismo. (FERRAJOLI. *Diritto...*, op., cit. p. 245-246).

³⁰ Cesar Beccaria na obra **Dei Delitti e Delle Pene** de 1764, foi quem abriu caminho para a Escola Clássica, não é jurídica em sentido técnico, mas filosófica sociológica. Entretanto registrou que a pena não serve para tormento e aflição mas para impedir que o réu cometa novos danos e de impedir que outros venham a cometer esses mesmos danos. Sobre a prevenção do crime ele sustenta que é “Melhor prevenir os crimes do que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida;” (BECCARIA. Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: RT. 2.^a ed; p. 52 e 128.)

BECCARIA se assemelham e se integram completamente nas teorias utilitaristas da pena, embora não se equipare aos postulados da Escola Positiva³¹.

O utilitarismo nasceu da concepção da pena como um meio; que ela não possa ser justificada olhando-se para o passado (o cometimento do crime), mas para o futuro, objetivando a defesa social, a neutralização, emenda ou intimidação do infrator real ou potencial. Representam este anseio todas as doutrinas chamadas por FERRAJOLI como relativas ou utilitaristas, em contraposição às absolutas ou retributivistas.³² A prevenção especial como objetivo da pena, remonta a SÊNECA, passando por PITÁGORAS, transmitida a PLATÃO e se encontra no âmago das teorias utilitaristas.³³

Foi o filósofo e jurista inglês Jeremy BENTHAM seu mais arguto sistematizador, com a obra “*The Principles of Penal Law*” publicada na Inglaterra. Apesar de ter vínculos claros com pensadores do Século XVIII e XIX, combinando filosofia política e moral, chegando mesmo a definir “o bom”, ou “o bem” nos papéis a serem desempenhados pelo Estado, mas não só, buscando uma harmonia, a felicidade humana, a minimização do sofrimento. Os utilitaristas justificam a pena pela sua utilidade, a redução da frequência criminosa, a intimidação do ofensor na reincidência, o desencorajamento para a prática do delito ou colocando o ofensor num estado que não possa mais delinquir.³⁴

Na Alemanha, a teoria foi sistematizada por FRANK von LISZT, que sustentou que a pena tem um conteúdo preventivo geral e especial, com conteúdo teleológico, desmerecendo a teoria da pena como retribuição.³⁵ Seus ensinamentos deram origem ao “Programa de Marburgo”, de índole pragmática e seus postulados

³¹ O Classicismo se tornou insuficiente para conter a nova criminalidade, a idéia retributivista não esgotava as novas tendências científicas, naturalistas e sociológicas que dominava o ambiente acadêmico, através do método positivo e investigativo. Essas ideias já tinham influenciado Beccaria, com um direito punitivo de defesa social, aparecendo a lei da causalidade. O homem criminoso passou a ser o centro do estudo investigativo. O movimento se deu inicialmente por LOMBROSO, que propôs uma explicação natural do delinquente, seguido de FERRI, GAROFALO, FLORIAN, GRISPINI etc. (BRUNO. Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 1997. 5.a. ed. p. 62-65.)

³² FERRAJOLI. **Diritto...**, op.,cit.p.245.

³³ ROXIN. **Derecho...**, .op.,cit.p. 85.

³⁴ HUDSON. **Understanding...**, op.,cit.p.18.

³⁵ ZAFFARONI e PIERANGELI. **Manual...**, op.,cit.p. 304.

influenciaram o Código Penal Argentino em vigor e o Código Penal Brasileiro de 1940.³⁶

FERRAJOLI sustenta que a partir do momento em que a pena se revela como um meio, deve haver um equilíbrio entre o custo da pena e a utilidade na prevenção de um dano. Sendo uma condição necessária para a legitimação externa da pena, separada da interna (separação entre direito e moral), ela deve responder o “por que punir e por que proibir”, por meio do confronto entre os custos da pena e os danos sem os quais as penas seriam produzidas.³⁷

No iluminismo, o utilitarismo deu base comum a todo pensamento penal reformador e sintetizou-se com a doutrina da separação entre direito e moral, sendo que as aflições penais, aponta FERRAJOLI, são um preço necessário para o impedimento de males maiores e não uma homenagem gratuita à ética, religião ou à vingança.³⁸ Mas apesar das boas intenções para o bem estar social, antes dos governos constitucionais, o utilitarismo já era orientador de um sistema arbitrário, dependente dos apelos dos monarcas e dos nobres, com largas extensões de penas capitais e com poucas penas graduadas.³⁹

BECCARIA, propôs um sistema de penalidades graduadas, cujo objetivo era a prevenção geral.⁴⁰ Já tinha apontado, a propósito:

“que o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranquilo moderador das paixões particulares, possa albergar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos?” E conclui: “O

³⁶ZAFFARONI e PIERANGELI. **Manual...**, op.,cit.p.305.

³⁷FERRAJOLI.**Diritto...**, op.,cit.p.245.

³⁸“*sono prezzi necessari per impedire mali maggiori, e non omaggi gratuiti all’etica ou alla religione o al sentimento di vendetta*”. (FERRAJOLI.**Diritto...**, op.,cit.p.247.

³⁹HUDSON. **Understanding...**, op.,cit.p.19.

⁴⁰HUDSON. **Understanding...**, op.,cit.p.19.

fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.”⁴¹

HUDSON aponta que ele argumentou que nas instituições de governo, incluindo o sistema penal, os cidadãos racionais concordariam em que tais poderes do Estado punissem, e isto os beneficiaria por promover a segurança física e a da propriedade por meio da redução do crime. Seu sistema prescindia das circunstâncias, da pessoa do agente e sempre que um crime fosse cometido a pena deveria ser imposta.⁴²

HUDSON atesta que o esquema de intimidação utilitarista de BENTHAM partia do pressuposto de que a dor imposta pela pena não deveria exceder a dor evitada através da redução do crime. Em outras palavras, a pena imposta no agente não deveria ser maior do que a dor da prevenção, porque é certa e é no presente, enquanto a dor evitada pela intimidação é incerta e esperada para o futuro.⁴³ Todavia, esta sobriedade na limitação na pena, sugerida pelo rigor do utilitarismo, difere daquela intimidação draconiana nas leis de Atenas, e que parecem oferecer inspiração contemporânea a movimentos político-criminais como os do “*get tough*”⁴⁴ (seja duro).⁴⁵ Ainda que estes movimentos intimidativos possam ter algum valor, no combate ao crime, adiciona HUDSON, são inaceitáveis em Estados democráticos que prestigiam a defesa dos direitos humanos.⁴⁶

Difícil saber que tipo de intimidação pode resultar em conter determinado número de pessoas em relação à prática de crimes, porque mais do que características diferentes, as pessoas podem ter percepções diferentes sobre o crime,

⁴¹ BECCARIA. Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT. 2.^a ed. 1997. p. 52.

⁴² HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p.20.

⁴³“*utilitarianism has a bias towards frugality in punishment, because the pain inflicted by the punishment is certain and in the present, whereas the pain avoided through deterrence is only hoped for in the future, (...)* (HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p.20).

⁴⁴ Movimentos para um severo controle do crime em especial nos Estados Unidos e na Inglaterra e País de Gales.

⁴⁵ HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p.20.

⁴⁶ HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p.21.

crenças, custos e benefícios, o que acaba sendo um enorme problema a ser enfrentado em políticas criminais baseadas em estratégias de intimidação. Os crimes passionais são um exemplo.⁴⁷

Prevenção geral e prevenção especial

Essas teorias relativas se dividiram em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral, pelo resultado espelhado. Enquanto as da prevenção especial deitam seus contornos sobre o condenado, as demais surtem efeito sobre aqueles que não delinquiram,⁴⁸ ou seja, a sociedade como um todo.

A teoria da prevenção especial justifica a atuação da pena sobre o ofensor para que não retorne à atividade criminosa. Negativamente a prevenção viria pela utilização do encarceramento e positivamente pela reinserção do agente na sociedade.

A teoria da prevenção geral se propõe a ver a razão da pena não na retribuição e nem sobre o autor do delito, mas sobre a comunidade de uma forma geral, que mediante a ameaça de pena e a execução da pena deve ser instruída sobre as proibições legais e apartada de sua violação⁴⁹. A teoria da prevenção geral foi desenvolvida por FEUERBACH, sistematizador da teoria psicológica da coação, segundo a qual a pena é uma ameaça que deve ser suficiente para configurar uma coação psicológica capaz de afastar do delito todos os possíveis autores.⁵⁰ Trata-se de uma teoria de índole intimidadora, por meio da ameaça contida na lei penal. Tal teoria não tem o condão de justificar a finalidade da pena, mas tão somente de abonar a eficácia à lei penal, posto que não explica as punições. Aliás, é o que menciona FERRAJOLI “ (...) não pode bastar, (...) para justificar o direito penal enquanto tal”⁵¹

⁴⁷ HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p. 22.

⁴⁸ ZAFFARONI e PIERANGELI. *Manual...*, op., cit. p. 120.

⁴⁹ ROXIN. *Derecho...*, op., cit. p. 89.

⁵⁰ ZAFFARONI e PIERANGELI. *Manual...*, op., cit. p. 120.

⁵¹ FERRAJOLI. *Diritto...*, op., cit. p. 224.

As teorias da prevenção geral por meio do exemplo, denominadas de negativas ou de intimidação, tampouco têm como finalidade o delincente em si, mas a comunidade. Tem em GROCIO, HOBBS, LOCKE, PUFENDORF, THOMASIIUS, BECCARIA, BENTHAM, FILANGIERI e os jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII seus clássicos defensores. Ainda que estas teorias possam ter fins sociais elogiáveis, a função de exemplaridade da pena corre o risco de utilizar o ser humano como meio para fins extra-jurídicos,⁵² podendo dar origem a modelos de direito penal máximo e um direito penal do terror.

A avaliação de HUDSON⁵³ não se mostra encorajadora sobre a eficácia das práticas de intimidação geral, pois as pesquisas que cita não geraram resultados favoráveis ou positivos. HUDSON acrescenta que nos Estados norte-americanos onde é prevista a pena de morte, registram-se os mais altos índices de homicídio,⁵⁴ o que revela que a função de intimidação contida na execução por meio da pena de morte não surte efeito para embarçar a prática de crime violento como o homicídio. Nem a ameaça e nem o exemplo se prestam para, por si sós, diminuir o crime ou conter os agentes de seu cometimento.

Com efeito, existe certa complexidade em responder quanto severa deve ser a pena para que o povo se decida por não cometer o delito (noção de reciprocidade de SCHUTZ e LUCKMAN)⁵⁵. Dada às diferenças entre as pessoas da comunidade, o fato que revela intimidação em um componente social pode não despertar o menor interesse intimidativo em outro. Mesmo que as taxas de criminalidade não tivessem em si as dificuldades clássicas de mensuração, nem assim seria seguro deduzir sua correlação com as medidas intimidatórias.⁵⁶

VON LISZT deu importante destaque à teoria da prevenção especial, ou seja a ação terapêutica sobre o próprio delincente, para quem o delito nada mais era do que um produto social e a antijuridicidade um dano social.⁵⁷ Da mesma

⁵² FERRAJOLI. **Diritto...**, op., cit.p.223.

⁵³ HUDSON. **Understanding...**, op., cit.p.21.

⁵⁴ HUDSON. **Understanding...**, op., cit.p.23.

⁵⁵ HUDSON. **Understanding...**, op., cit.p.21.

⁵⁶ HUDSON. **Understanding...**, op., cit.p.22.

⁵⁷ ZAFFARONI e PIERANGELI. **Manual...**, op., cit.p.304.

forma, a intimidação individual além de trazer dúvidas sobre a sua efetividade, carece de um aval moral a sustentá-la, já que o preventivismo falhou no cumprimento de suas promessas, consoante farta documentação das injustiças cometidas nos diversos sistemas penais em nome do utilitarismo.⁵⁸

1.3 NEORETRIBUTIVISMO

O neoretributivismo surgiu da constatação dos abusos cometidos pelos enfoques utilitaristas, especialmente quando vêm substituídos os ideais humanistas de ressocialização, recuperação e reabilitação dos infratores por formas de incapacitação, intimidação e prevenção do crime, cada vez mais presentes nas agendas político-criminais dos países ocidentais, gerando formas duras de combate ao crime, enrijecimento das penas e maiores índices de encarceramento. As funções assistencialistas dos Estados foram desprezadas fortalecendo as práticas de controle. Os retributivistas, inconformados, deram início a novos estudos e reflexões em torno dos processos operados, reavivando as concepções do “justo merecimento”, operando um ressurgir da proporcionalidade entre crimes e penas.

Muitos movimentos de comitês de direitos civis na Inglaterra e Estados Unidos e os novos retributivistas (entre eles Von HIRSCH) reivindicaram reformas nos sistemas de dosimetria da pena, especialmente naquelas jurisdições que previam penas indeterminadas. A pesquisa criminológica bem documentava os abusos propiciados pela ampla discricionariedade judicial (aliada à política criminal utilitária, de defesa social), que eram cometidos especialmente contra os direitos da minoria étnica, dos desempregados e os “desajustados”.⁵⁹ Denunciavam a lógica segundo a qual combater a reincidência (crimes futuros) seria mais importante do que oferecer uma resposta penal aos crimes efetivamente praticados (crimes passados). Tais abusos atraíram os olhares dos retributivistas, mais preocupados com os aspectos objetivos do crime do que com os aspectos subjetivos.

⁵⁸ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.03-04.

⁵⁹ HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p.39.

Segundo o princípio fundamental do neoretributivismo, a pena deveria ser conforme a gravidade do crime. Deveria seguir um esquema (linhas mestres ou “*guidelines*”) em que a mais grave deveria ser a mais punida, a menos grave a menos punida. Essa escala ficou conhecida como “*tariff sentencing*”, ou sentenciamento tarifado, o que envolvia na prática uma sentença presumida, para vários crimes ou graus de seriedade.⁶⁰ A “probabilidade de delinquência” não deveria ser levada em consideração. Somente o crime já cometido contava para registro de pena. As condenações anteriores podem refletir certa influência na dosagem da pena e o primário certamente é beneficiado com certa redução. Esses “*guidelines*” eram na verdade um meio de orientar e limitar o poder discricionário dos juízes, porque costumeiramente o poder judiciário não obedecia a regras antes determinadas, as sentenças obedeciam a princípios, jurisprudência e toda uma herança legal.

Entre os liberais, esse novo retributivismo propiciou o aparecimento de obras que reivindicavam o retorno aos enfoques da “proporcionalidade da pena” e a contenção dos abusos cometidos pelas pretensamente “bem intencionadas” doutrinas e políticas utilitaristas. Citem-se alguns desses trabalhos: “*Struggle for justice*” da AFSC de 1972, que fez um enfoque sobre as prisões americanas, o “*The american Prison Business*”, de MITFORD, o “*Criminal Sentence*”, de FRANKEL, “*We are Living Proof*”, de FOGEL, o primeiro de 1973 e o segundo de 1975 e o mais conhecido o “*Doing Justice*” de Andrew von HIRSCH em 1976.⁶¹

Outras considerações sobre a seriedade do crime foram aventadas pelos retributivistas, baseadas no “dano ao padrão de vida da vítima” causado pelo crime, sugerindo quatro tipos de interesses: integridade física, apoio material e amenidade, liberdade de humilhação e tratamento degradante, privacidade e autonomia. Para esse julgamento, von HIRSCH e JAREBORG sugerem quatro diferentes níveis de padrão de vida: subsistência, bem estar mínimo, bem estar adequado e bem estar

⁶⁰ HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p.40.

⁶¹ HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p.40.

melhorado, conforme GOMES DA SILVA.⁶² A pena seria determinada dependendo do tipo de padrão de vida ferido pela conduta criminosa: quanto maior o nível, ou o valor do bem atingido, maior a gravidade do crime e conseqüentemente a pena a ser imposta. Assim o roubo de um aparelho de TV seria menos gravoso que um incêndio doloso, que arriscou a subsistência do morador ofendido com o incêndio.

Nem sempre, contudo, o neoretributivismo esteve associado à defesa da contenção do poder punitivo. Retributivistas de esquerda ou radicais consideravam os processos judiciais intrusivos e os de direita achavam leves e ineficazes.⁶³ De qualquer forma, a descrença com a legitimidade do judiciário, por força dos enfoques utilitaristas, inspirou, especialmente no Reino Unido e na Europa Ocidental, movimentos como o “*back to justice*” (de volta à justiça)⁶⁴.

As versões liberais do “justo merecimento”, o “*just deserts*” como é deonominado o retributivismo, distorcem as doutrinas quando se entrelaçam com as políticas públicas como o “*getting tough*”⁶⁵ e as regras ditadas pelos políticos conservadores do “*law and order*”, (lei e ordem) que mantêm o senso de normalidade da maioria tiranizando a minoria, destacam BRAITHWAITE e PETTIT.⁶⁶ Os políticos tendem a descartar as melhores doutrinas se o apelo à vingança, ao aprisionamento, se vislumbram mais populares, satisfazem o eleitorado, a mídia, movimentam o “*big government*”, (grande governo) e a indústria carcerária.

HUDSON aponta que há dois problemas com a teoria do “*deserts*”: o de como ranquear a seriedade do crime, ou seja a questão da proporcionalidade ordinal e a da proporcionalidade cardinal.⁶⁷ A questão de ranquear as ofensas de acordo

⁶²GOMES DA SILVA, Eliezer. In **Direitos Fundamentais, Liberdade e Democracia: aplicando a teoria de Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito**. Conpedi. Manaus: 2000. p. 5158. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/eliezer_gomes_da_silva.pdf>

⁶³ HUDSON. **Understanding...**, op., cit. p.40.

⁶⁴ HUDSON. **Understanding...**, op., cit. p.40.

⁶⁵ Trad. Livre. Tornando duro. Política para enrijecimento das penas e encarceramento. (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p.06-07).

⁶⁶ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p.07.

⁶⁷ HUDSON. **Understanding...**, op., cit. p.45.

com uma gravidade mensurada é a proporcionalidade ordinal, e a cardinal é aquela que estabelece uma severidade/gravidade geral, ou seja, o que considera como a mais severa penalidade, acima de tudo,⁶⁸ e acrescenta que a teoria retributivista pode ajudar com a graduação de punição dentro de uma escala da mais severa e menos severa, entretanto não pode auxiliar como alcançar esta escala.⁶⁹

HUDSON salienta que na verdade essa questão não será resolvida facilmente. Sempre haverá um debate, uma insatisfação sobre o que será melhor em termos de punição, já que os anseios do povo podem vir justamente de um sistema que acabe punindo o ofensor, na exata medida da gravidade do delito (retribuição), ou propicie a (prevenção) do crime, impeça que outros cometam crimes (funções de intimidação), outros que exerça o Estado uma função de (reabilitação), outros de (restauração do ofensor e da vítima), ou ainda que incapacite o ofensor (incapacitação) etc.⁷⁰

Os sistemas são movidos por “modas” ou “tendências”, muitas vezes efêmeras, influenciadas pelas ideologias, ou pelos programas governamentais escolhidos, uma vez que os que têm o instrumento de poder em mãos “ditam as regras”. Além disso, a população, muitas vezes mobilizada pelo acontecimento de algum crime bárbaro, exige, cobra das autoridades legislativas leis mais duras de combate à criminalidade, ou exatamente o contrário, nos países que adotam a pena de morte, é comum dias antes, ou próximo da data da execução, longos debates, movimentos políticos e populares no congresso, passeatas e multidões clamando pelo afastamento da pena de morte.

1.4 AS TEORIAS AGNÓSTICAS

⁶⁸ Se o aprisionamento é a pena mais severa, então períodos curtos de prisão e penas sem custódia são menores. Se entretanto a pena de morte é a mais severa então prisões podem ser consideradas de baixa severidade. *“The point is no wether you or I agree or disagree with the proposals, but that deserts theory contains no principle which would tell us that those are indeed properly commensurate sentences”*. (HUDSON. op.cit. p.46).

⁶⁹ *“Put simply the problem is that deserts theory can help with the graduation of punishments within the most severe and least severe points, but can do nothing to tell us what those anchoring points should be.”* (HUDSON. **Understanding...**, op.,cit.p.45).

⁷⁰ HUDSON. **Understanding...**, op.,cit.p.04.

Sem qualquer pretensão de esgotar todas as teorias chamadas de agnósticas, negativas⁷¹ ou deslegitimadoras do direito penal, ou ainda teorias denominadas de abolicionistas (cujos fundamentos filosóficos e políticos são por demais amplos e díspares, como anota FERRAJOLI).⁷² Esta seção tratará de alguns enfoques críticos que negavam qualquer legitimação interna ao poder de punir, preferindo denunciar sua função política de controle social.

No final do século XIX, o mundo assistiu ao surgimento do pensamento marxista e com ele toda uma gama de pensadores, de doutrinas e de teorias e da própria criminologia socialista, na qual a explicação do crime advém de uma constatação dos males do capitalismo, ou seja que o crime resulta do sistema capitalista e que a solução para o desaparecimento do crime resulta de dois fatores, primeiro o declínio do sistema capitalista e segundo a implementação do socialismo.⁷³

A reflexão de que se possa identificar em Karl MARX, uma teoria no campo penal, não pode prosperar, exatamente porque no seu modelo não haveria espaço para os conflitos penais, uma vez resolvidos pelo socialismo. Seus estudos se restringiram ao campo sócio econômico, mas para o marxismo o direito penal já nasceu deslegitimado, diz ZAFFARONI.⁷⁴ Apesar de sua análise social apurada, suas reflexões em torno do sistema penal foram superficiais, aponta ZAFFARONI. Até porque considerava necessário deslegitimar todo o sistema penal, mais ainda deslegitimar todo o direito, na medida em que esse se compunha de uma “superestrutura ideológica”,⁷⁵ mantida em benefício de uma classe opressora⁷⁶.

⁷¹ As positivas são as que denominam de *giustificazionistiche* e justificam os custos do direito penal com os escopos, razões, funções moralmente ou socialmente consideradas irrenunciáveis. As negativas são as que de outra forma é respondida pela doutrina *abolizionistiche* que não reconhecem qualquer justificação ao direito penal. FERRAJOLI. **Diritto...**, op.cit.p.233

⁷² FERRAJOLI. **Diritto...**, op.cit.p.235.

⁷³ FIGUEIREDO DIAS. Jorge. e ANDRADE. Manuel da Costa. **Criminologia...**, op., cit. p. 25.

⁷⁴ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 5.^a ed. 1991. p.51.

⁷⁵ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas...**, op., cit.p.51.

Entretanto, cabe assinalar que o legado marxista influenciou sobremaneira PACHUKANIS,⁷⁷ o mais fiel teórico de uma teoria de direito de cunho marxista, que operou profundas transformações na Rússia pós-revolucionária.⁷⁸ GARLAND registra que a punição moderna é situada em PACHUKANIS como um instrumento político-ideológico do Estado burguês, estruturado por categorias econômicas espalhadas na promoção do poder de controle de classes.⁷⁹

A deslegitimação do direito penal se deu também de forma singular e precursora pelo Instituto de Frankfurt⁸⁰ que publicou uma obra escrita por RUSCHE e KIRCHHEIMER, “Pena e Estrutura Social” em 1939, com severas críticas ao sistema prisional e ao sistema penal, advogando a idéia de que o mercado de trabalho, suas flutuações e exigências e as forças políticas-econômicas para redução de gastos, e forças religiosas e fenômenos sociais sejam determinantes na pena.⁸¹ Identificou nas classes mais pobres as maiores vítimas dos sistemas penais, o que acarretava um ciclo de pobreza ainda maior, pois quanto maior a opressão sobre estes indivíduos, maior a dificuldade de abandono desta condição - defendiam. Sustentavam que a intimidação é dependente da situação laborativa. Mais oferta de trabalho corresponderia a maior crueldade nos castigos. Com a diminuição da oferta, a mão de obra seria mais bem aproveitada, inclusive a prisional. Este sistema

⁷⁶ ZAFFARONI aponta que a interpretação positivista do marxismo caiu num materialismo grosseiro, utilizando citações de líderes comunistas e trabalhadores de forma intransigente. Confundiram-se primeiro escondendo os manuscritos de Marx e depois sustentaram a existência de um Marx pai e um Marx filho. E se expressa: “O certo é que Marx com seu romântico (comunismo) e sua ditadura do proletariado, havia deixado aberto o caminho para a ditadura russa, dando a ela um argumento ideológico superestrutural.” Teve como resultado, esclarece ZAFFARONI se referindo a ligação do marxismo com o positivismo: “um sistema penal de ferocidade superior ao fascista, e que nada tem de invejar ao nazista.” op.cit. p. 336.

⁷⁷ Escreveu “A teoria marxista do direito e a construção do socialismo”, de 1927, “O aparato de Estado soviético na luta contra o burocratismo” de 1929 e “Estado e regulação jurídica” de 1929.

⁷⁸ GOMES DA SILVA, Eliezer. **Fundamentos Éticos...**, op., cit.p. 210-211.

⁷⁹ GARLAND. David. **Punishment and modern society: a study in social theory.** Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 118.

⁸⁰ GARLAND. **Punishment and...**, op.,cit.p. 89.

⁸¹ GARLAND. **Punishment and...**, op.,cit.p. 95.

foi considerado simplista, em virtude de uma reflexão que vincula prisão ao trabalho de forma tão direta, esclarece ZAFFARONI.⁸²

Michel FOCAULT tornou-se mundialmente conhecido nas diversas áreas das ciências humanas, tendo grande influência nas reflexões criminológicas e político criminais, sobretudo com sua obra “Vigiar e Punir”, na qual denuncia as práticas abusivas do sistema prisional, especificamente com relação ao instituto da prisão celular. Ele asseverava que os sistemas de vigilância são criados e mantidos para manutenção do poder na sociedade e que institutos como as prisões, os manicômios, os asilos, hospitais, o sistema policial e mesmo o sistema educacional⁸³ funcionariam mais ou menos como “olhos e ouvidos do rei”⁸⁴ no processo de supervisão, de vigilância, de disciplina, correção, intimidação e de emenda social. Funcionariam, segundo o pensamento foucaultiano, como processos de “docilização” do ser humano, condicionando-o à sociedade, na qual não haveria espaço para rebeldia. O crime era visto por FOCAULT como qualquer atividade que ameaçasse esse poder, o próprio saber estaria vinculado a este sistema. Para tanto, ele sugeriu a deslegitimação do saber e das ciências humanas.

GARLAND entende que o estudo da pena ou de qualquer instituto social não pode ser visto somente de um enfoque limitado ao poder ou à racionalidade, mas salienta que uma visão muito mais ampla é necessária. Ele menciona que enquanto muitos sociólogos tendem a generalizar e utilizar os conceitos de FOCAULT, os historiadores são mais reticentes. Alguns têm contestado sua interpretação sobre quando e por que as práticas de torturas e execuções foram abandonadas na Europa (que FOUCAULT localiza entre os anos de 1750 e 1820 e registra como uma mudança estratégica no exercício do poder). Segundo Peter SPIERENBURG, o abandono de tais práticas não pode ser visto como evento independente, mas resposta de um estágio de privatização da pena e uma redução na cena do sofrimento, vinculadas a uma alteração na sensibilidade e nas atitudes em

⁸² MELOSSI. Dario. PAVARINI. Massimo. **Cárcere e Fábrica...**, op.,cit.p.56-57.

⁸³ ZAFFARONI. **Em busca...**, op.,cit.p. 62.

⁸⁴ Termo utilizado na época do absolutismo para denominar o processo de investigação da informação colhida entre o povo, entre a plebe e levada ao conhecimento da nobreza.

relação à violência. O trabalho de LANGBEIN igualmente aponta que, segundo GARLAND, as mudanças nas leis processuais foi o que provavelmente causou o abandono da tortura.⁸⁵

FERRAJOLI considera teoria abolicionista somente aquela teoria axiológica que objeta o direito penal como legítimo, em virtude de não encontrar neste uma finalidade moralmente justificável da aflição, ou que repute vantajosa a abolição da forma jurídica penal da sanção punitiva e a sua substituição como meio pedagógico ou como instrumento de controle informal e social.⁸⁶

Os abolicionistas mais radicais sustentam a deslegitimação completa da coerção penal e social, enquanto os mais moderados questionam a legitimidade do direito penal. Louk HULSMAN, criminólogo holandês, talvez seja o mais célebre do abolicionismo, considerado como movimento social e como teoria crítica. O abolicionismo como teoria crítica se refere a valores acadêmicos independentes de práticas sociais existentes, para permitir uma avaliação mais objetiva dessas práticas à luz de uma moral definida. Ele assinala que é necessário abolir a linguagem da justiça criminal em tal avaliação do sistema. A teoria crítica defende, em última análise, que a justiça criminal é uma instituição artificial e que sua construção não pode ser legitimada.⁸⁷ Questiona fortemente o direito penal principalmente pelas suas cifras negras e a neutralidade dos efeitos penais e pugna pela sua total eliminação, destaca SALIBA.⁸⁸ Tanto o abolicionismo quanto o direito penal mínimo negam o delito como realidade ontológica, o que se denomina delito tem sua existência não por natureza, senão por definição, intervenção do sistema penal. Um comportamento é considerado criminoso segundo a definição do sistema.⁸⁹ No

⁸⁵ GARLAND. David. **Punishment and...**, op.,cit.p. 157-158-159.

⁸⁶ FERRAJOLI. **Diritto...**,op.cit.p. 234.

⁸⁷ Disponível em <<http://br.geocities.com/eredrio/arthul.htm>> Acesso em 08.07.09 10:00

⁸⁸ SALIBA. **Justiça Restaurativa...**, op.,cit.,p.59.

⁸⁹SÁNCHEZ. Mauricio Martínez. El problema social “Sistema Penal” el sistema acusado por los abolicionistas. In ARAUJO JUNIOR. Joao Marcelo de.(org). **Sistema Penal para o Terceiro Milenio**. Ato do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan. 1991.

Brasil, Edson PASSETTI defende que o abolicionismo é um discurso estratégico de forças libertadoras das práticas punitivas modernas.⁹⁰

Com já foi dito, sem pretender aqui um esgotamento doutrinário e metodológico destas doutrinas e reputá-las abolicionistas, substitucionistas, reformistas⁹¹ ou ainda libertárias e anarquistas, o objetivo aqui foi mencionar, em apertada síntese, autores e teorias que, ao invés de se oporem ou qualificarem os modelos retributivistas e prevencionistas da punição, sustentaram o utilitarismo não jurídico mas político do funcionamento do sistema penal, retirando a legitimidade do próprio direito de punir, resumido em poder de punir.

Portanto, para o correto entendimento do sistema penal, não há como desprezar o sistema político em que ele está inserido. A nossa Carta Maior contempla o Estado Democrático de Direito, em viés republicano e não há como viabilizar qualquer reforma no sistema penal sem antes integrá-la no sistema político, em acomodação com os valores fundamentais constitucionais. Daí a importância de uma teoria da justiça criminal assentadas nas bases constitucionais, políticas e filosóficas do republicanismo.

⁹⁰ SALIBA. **Justiça Restaurativa...**, op.,cit.,p.59.

⁹¹ FERRAJOLI denomina abolicionista a teoria que propõe uma deslegitimação do sistema penal existente, a substitucionista a que propõe a substituição da pena por tratamentos pedagógicos ou terapêuticos, porém ainda mantidas no viés institucional do tipo informal e coercitivo e as reformistas, que primam pela redutibilidade da intervenção penal ou abolição em favor da pena menos aflictiva do que a carcerária. (FERRAJOLI. **Diritto...**,op.cit.p.234).

CAPÍTULO II

REPUBLICANISMO E JUSTIÇA CRIMINAL À LUZ DE PETTIT E BRAITHWAITE

2.1 A LIBERDADE

Tema que suscitou em todos os tempos e entre muitos personagens da filosofia e da teoria jurídica dúvidas e reflexões foi o da liberdade. A própria conceituação do fenômeno jurídico parte do conteúdo axiológico atribuído à liberdade, e o direito como uma coordenação de comportamentos reconhecidos reciprocamente como legítimos, aponta REALE.⁹² Mas que comportamentos seriam legítimos e que comportamentos seriam ilegítimos? Qual a extensão e amplitude da liberdade inerente ao ser humano? Todos os seres humanos são sujeitos de liberdade?

A liberdade tem tantas acepções e variedades quanto as ideologias e regimes políticos econômicos que a determinaram, ressalta FIGUEIREDO COSTA.⁹³ A liberdade só tem razão ôntica na coletividade, porque o isolamento a

⁹² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2002. 20.ed. p. 351.

⁹³ COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites Constitucionais do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007. p. 11.

descaracteriza, dela não advindo qualquer interesse. Portanto, sua importância se inicia na coletividade e é alcançada na *polis*, na sua participação cidadã.

Desde os mais remotos agrupamentos humanos a liberdade não era absoluta e nem todos os contingentes humanos possuíam a mesma extensão e abrangência do seu gozo, variando geograficamente, cronologicamente e em relação ao seu titular.

Emmanuel KANT havia refletido sobre os assuntos relativos à liberdade, já nos primeiros traços de sua “Metafísica dos Costumes” (1785), referindo-se à liberdade como único direito inato do ser humano, transmitido pela natureza e não por autoridade constituída, independente de qualquer coerção imposta pela vontade de outro.⁹⁴

Benjamin CONSTANT, filósofo francês fez uma formulação da liberdade dos antigos e dos modernos, intitulada “*De la liberte des Anciens comparée à celle des Modernes*”, proferida numa conferência pública no Ateneu Real de Paris em 1819. Tais liberdades não eram produto de continuidade ou evolução, mas dois modelos de liberdade que se opunham. A liberdade dos antigos era a liberdade como participação coletiva na soberania, vinculada sempre à noção de participação popular, espelhada e exemplificada na participação política ateniense. A liberdade dos modernos é a liberdade civil e individual, atrelada à ideia de representação popular e não participação coletiva. A liberdade dos tempos antigos era constituída por tudo o que assegurasse aos cidadãos a maior parte do exercício do poder social e a liberdade dos modernos era constituída por tudo o que garantia a independência dos cidadãos contra o poder.⁹⁵

Duas concepções de liberdade passaram a dominar o entendimento sobre o assunto: a negativa ou formal e a positiva ou substancial. Esses conceitos foram aprimorados por Isaiah BERLIN, professor de filosofia da Oxford, retomando as considerações de CONSTANT, já nos primórdios da Guerra Fria. BERLIN foi uma

⁹⁴BOBBIO. Norberto. **Teoria Geral da Política. A filosofia política e a lição dos clássicos**. Org: Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000. p 475-476.

⁹⁵DABDAB TRABULSI. José Antonio. Disponível em <www.historia.uff.br/tempo/artigos_livre/art6-9.pdf> Acesso em 15/06/09 16:02 p.5

figura amplamente conhecida por sua estreita defesa ao liberalismo em contraposição a qualquer postulação marxista ou fascista.

A liberdade negativa para ele tem essa qualificação porque opera negativamente, pela não-interferência, pela ausência de coerção nas esferas protegidas da vida do indivíduo, ressalta CASARIN.⁹⁶ Aliás BERLIN mesmo salientava: “O sentimento fundamental da liberdade é a liberdade dos grilhões, do aprisionamento, da escravidão por outros. O resto é extensão deste sentido, ou então é metáfora”⁹⁷. Ou “Até que ponto sou governado?” “Qual é a área em que um sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?”⁹⁸ A liberdade de consciência, privacidade, expressão, inviolabilidade do domicílio, direito à integridade física e um conjunto de regras para garantia da racionalidade e proporcionalidade no sistema penal compõem o núcleo, segundo o que afirma CASARIN os chamados direitos negativos.⁹⁹ Na verdade, a defesa destes direitos individuais, expressos na liberdade negativa, apresentou-se sempre como uma conquista liberal. Uma realização da totalidade de seu potencial dentro de sua vontade e não forçada pelo Estado.

A liberdade positiva para BERLIN é a que resulta da seguinte questão: “O quê ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa em vez de outra?” ou “Por quem sou governado?”. CASARIN simplifica nos seguintes termos as duas liberdades: *Liberdade de e liberdade para*, liberdade individual e autogoverno coletivo, liberalismo e democracia¹⁰⁰ ou liberdade dos modernos e liberdade dos antigos.¹⁰¹ BERLIN adverte para o risco da restrição à liberdade individual em determinados limites,

⁹⁶CASARIN. Júlio César. **Isaiah Berlin: Afirmação e Limitação da Liberdade** in Revista de Sociologia e Política V. 16, n.o. 30: 283-295 Jun 2008

⁹⁷ CASARIN. **Isaiah Berlin...**,op.,cit.p.283-295.

⁹⁸ CASARIN. **Isaiah Berlin...**,op.,cit.p.283-295.

⁹⁹ CASARIN. **Isaiah Berlin...**,op.,cit.p.283-295.

¹⁰⁰ Não nos parece, inobstante correta tal identificação da democracia com a liberdade positiva, já que a liberdade positiva enunciou uma longa cadeia de totalitarismos anti-democráticos.

¹⁰¹ CASARIN. **Isaiah Berlin...**,op.,cit.p.284.

definidos pelo Estado. Para que a liberdade positiva exista, entretanto se faz necessário que existam condições para o seu exercício. Por isso se diz que é um potencial de liberdade.

Jonh RAWLS, talvez tenha sido o autor que mais tenha contribuído para a construção de uma liberdade sob o ponto de vista da liberdade dos modernos, ou a liberdade negativa. Ultrapassando os questionamentos sobre a liberdade negativa ou positiva, assenta um debate que tem a ver com os valores relativos das várias liberdades quando conflitantes entre si, e salienta:

“por isso, simplesmente presumirei que qualquer liberdade pode ser explicada mediante uma referência a três itens: os agentes que são livres, as restrições ou limitações que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer”. “Colocados nesse contexto as pessoa têm liberdade para fazer alguma coisa quanto estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas.”. “Não apenas deve ser permissível que os indivíduos façam ou não façam determinada coisa, mas também o governo e as outras pessoas devem ter a obrigação legal de não criar obstáculos”.¹⁰²

Para o pleno conhecimento de qual a razão que se quer objetivar numa teoria republicana na seara da justiça criminal se faz necessário o entendimento dos ideais republicanos de liberdade e não só, o desenvolvimento histórico e doutrinário que impulsionou esse ideal republicano. O estudo da questão da liberdade tem especial interesse para o nosso questionamento, porque é exatamente nas questões afetas à liberdade que o sistema de justiça criminal foi influenciado por teorias e doutrinas que marcaram e o conduziram.

2.2 A LIBERDADE REPUBLICANA

¹⁰² RAWLS. John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes. 2002 p. 218-219 trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves.

Philip PETTIT suscita uma teoria republicana, diante de seu inconformismo com as concepções filosóficas e históricas concebidas no que diz respeito à liberdade negativa e positiva e que se originou dos estudos sobre a liberdade antiga e a liberdade moderna. O autor concebe o estudo destas liberdades, dum ponto de vista partido, em que uma liberdade representa o liberalismo, ou seja, a liberdade negativa, extraída de Isaiah BERLIN, originária nos pensamentos filosóficos de HOBBS, Jeremy BENTHAM, Stuart MILL, MONTESQUIEU, John RAWLS, Benjamin CONSTANT, Aléxis de TOCQUEVILLE, Thomas JEFFERSON e Thomas PAINE, e que se firmou no liberalismo moderno e de outro modo, a liberdade positiva extraída das concepções que ele chama de românticas de HERDER, ROSSEAU, KANT, FICHTE, HEGEL e MARX, com pensadores políticos radicais e radicais religiosos, jacobinos e comunistas e que se firmou como totalitaristas, intervencionistas extremados.¹⁰³

PETTIT caracteriza as liberdades de BERLIN¹⁰⁴ estabelecendo uma comparação com as de CONSTANT. Para ele a liberdade negativa é aquela que é exercitada sem obstáculos e sem impedimentos. É a ausência de interferência, mais ou menos intencional, a ausência de coerção física e de qualquer ameaça crível. É a liberdade dos modernos no dizer de Benjamin CONSTANT, a liberdade de deixar ao arbítrio de nossa própria vontade privada. Por esta razão é a liberdade do liberalismo. PETTIT trazendo RIKER classifica a liberdade moderna de CONSTANT como a negativa de BERLIN, e a liberdade antiga do francês, a

¹⁰³ PETTIT. Philip. **Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno.** Barcelona. Buenos Aires. México: Paidós. 1999. p.35-36.

¹⁰⁴ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p. 35-36.

liberdade de pertencimento a uma comunidade democrática, como a liberdade positiva de BERLIN.¹⁰⁵

A liberdade positiva ao contrário é mais do que a ausência de interferência, mas do que desejar a paz para o próximo, exige uma interatividade, requer que os seus agentes tomem parte, por meio do autocontrole e do autodomínio. PETTIT reflete que tal liberdade pode ser atrativa, mas que pode ser interpretada de forma omissa, causando uma supressão da vontade individual, descentralizada. Na caracterização de Benjamin CONSTANT é a liberdade dos antigos, PETTIT esclarece que o ideal moderno seria liberal e o antigo, populista.¹⁰⁶

Ele reclama que essa diferenciação entre liberdade positiva e negativa gerou uma limitação filosófica das reflexões em torno da liberdade, como se estivesse ela reduzida a estas duas concepções.¹⁰⁷ Isto acabou por dar origem a uma rotulação – a menção à liberdade dos antigos – era interpretada como participação democrática e – a menção à liberdade dos modernos – era interpretada como individualista e liberal e se apoiasse a participação democrática seria entendida não como um bem em si mesmo, mas unicamente porque dela adviria certa utilidade individual. Deslocou-se também em liberdade pública e privada. A pública, em que os indivíduos estão sempre interessados na participação e no desejo de

¹⁰⁵ “*la libertad moderna de Constant es la libertad negativa de Berlin, y la libertad antigua del francés – la libertad de pertenecer a una comunidad democráticamente autogobernada – es la variedad más descollante de la libertad positiva de Berlin*”.(PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p. 36).

¹⁰⁶ “*la libertad antigua consistiría en compartir el poder de una voluntad pública democráticamente determinada. El ideal moderno sería característicamente liberal; el antiguo, característicamente populista.*” (PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p.37). O termo populista do autor, não tem a ver com a Tradição Populista, ou Tradição Radical Populista, que teve sua origem em Thomas Paine nos EUA, manifesta pelos conclamos populares, mas sim pelo populismo, termo que designa os regimes totalitários.

¹⁰⁷ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p.37.

pertencer a um grupo social, e a privada se destaca num desprendimento inerente ao ser humano, uma esfera privada de atividade em que cada indivíduo pode prosseguir como quiser o seu próprio caminho.¹⁰⁸

PETTIT assenta uma nova forma de concepção da liberdade, que o descreve como liberdade republicana, uma liberdade que mescla pontos assimiláveis tanto da liberdade positiva quanto da negativa. Entretanto, para o aprofundamento de uma liberdade que reflita os devidos anseios republicanos, não se pode conceber esta espécie de liberdade distante do estudo do republicanismo, que se refere como largo e amplo.¹⁰⁹

A noção de liberdade republicana foi construída não só a partir do que se quer manter, mas também dos males que se quer evitar. Os romanos sabiam que o fato de não sofrer interferência, não constituía para eles liberdade, apontam BRAITHWAITE e PETTIT,¹¹⁰ mas sim o fato de ter da lei certa proteção, incorporando o sujeito como cidadão é que lhe conferia o caráter de liberdade. Assim um escravo liberto, por si só não era detentor de liberdade, porque ainda que livre não lhe era permitido a participação nos assuntos políticos.

Com o crescente poder da nobreza, a construção dos Estados absolutistas, a ascensão da figura do estado nacional, com as guerras fortalecendo o sentimento de pertencimento, de patriotismo, repousando no rei a figura de herói e vinculando a sua empreitada ao uso da força bélica, a dominação tomou corpo e a concepção de liberdade no seu sentido liberal começou a ser criticada e repensada.

Inobstante, foi através das revoluções do Século XVIII que a liberdade passou a ser vista como não-dominação e desempenhou um importante papel nas repúblicas italianas, as primeiras comunidades políticas européias modernas,

¹⁰⁸ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p.37.

¹⁰⁹ É o principal foco de interesse da recente escola de Historiografia Acadêmica, que conta com obras bem recentes, de Fontana, 1994, Bock e outros 1990 e Oldfield em 1990.

¹¹⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not just deserts...**, op. cit. p. 59.

inclusive na Holanda e durante a Guerra Civil Inglesa,¹¹¹ sendo que foi indubitavelmente na República Norte-Americana e na República Francesa que se consolidou e frutificou. Esta tradição esteve presente nas obras de HARRINGTON, MONTESQUIEU e TOCQUEVILLE, ROSSEAU nas Epístolas de Caton¹¹² de TRENCHARD e GORDON e nos *Federalist Papers*.

Esse novo republicanismo valorizou os direitos consuetudinários, legais e constitucionais, destaca PETTIT como pilares erguidos frente ao poder absolutista. Desvenda o que vem a ser a liberdade como não-dominação e defende a ideia de que este tipo de liberdade foi a que surgiu e vinha surgindo aos poucos, na revolução norte-americana.¹¹³ Uma liberdade que se contrapôs ao monarquismo, impedindo o poder absoluto. Dito poder foi substituído pelo poder constitucional, porque a constituição seria fruto da vontade popular e limitadora dos desvios e exageros surgidos na comunidade, mas não só na comunidade, nas elites, e no próprio cunho governamental.

Adotaram uma forma descentralizada, confirmando os direitos dos indivíduos, inclusive seus direitos contra os poderosos, contra as elites. Afinal não estavam mais vivendo sob o império de um monarca, mas sob o império da lei.

Esta liberdade, fruto do republicanismo e mais precisamente da tradição republicana é uma liberdade que traz em seu âmago a não-dominação, insiste PETTIT. Não é a concepção negativa ou liberal de liberdade como não-interferência, e adiciona que também não foi a ideia de liberdade negativa ou moderna que recepcionou a Revolução Norte-Americana, mas sim essa liberdade como não-dominação.

2.3 A LIBERDADE COMO NÃO-DOMINAÇÃO

¹¹¹ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p.38.

¹¹² Publicações feitas em Londres, de 1720 a 1723 a favor do republicanismo, dando ênfase à liberdade de consciência, expressão, condenando a corrupção e a falta de moralidade no sistema político britânico, embasadas nas teorias de Jonh Locke.

¹¹³ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p.40.

A ideia principal de PETTIT dentro de uma teoria política republicana traz uma concepção de liberdade que o Estado deva patrocinar, não como não-interferência – não como ausência de restrição e constrição, respectivamente os vocábulos ingleses: *restrain* e *constraint* – mas como não-dominação: a ausência de expor um sujeito à capacidade de interferência arbitrária.¹¹⁴

O autor assenta seu posicionamento observando as diferenças entre a liberdade negativa dos novos liberais, que ele vislumbra como liberdade de não-interferência e a liberdade dos velhos republicanos que vislumbra como de não-dominação.

Os velhos republicanos entendiam a liberdade como equivalente à cidadania. Significava não estar vulnerável à interferência de outrem, ou ao menos não estar vulnerável a uma interferência arbitrária. Isto é o que o autor propõe para a correta concepção do vocábulo (não-dominação). Essa interferência tem como característica a intencionalidade ou ao menos a responsabilidade. O autor não considera interferência os atos não intencionais.

A vítima da interferência pode ser limitada a fazer algo, pode ser ameaçada com um ônus maior ou extra, alguma penalidade, na eventualidade de fazer, ou ser penalizada por ter feito, o que são na verdade efeitos da interferência, segundo PETTIT.

A noção republicana de liberdade pode admitir a interferência, mas não admite a interferência arbitrária. Assim sendo, é pertinente se questionar o que faz de um ato uma interferência arbitrária. Para a resposta a esta questão PETTIT esboça a interferência, que chamamos de justa e a que chamamos de injusta. A justa é aquela que constrange um ato para satisfazer os interesses daqueles que sofrem a interferência, de acordo com as ideias estabelecidas segundo aqueles interesses. É injusta, entretanto, se a interferência apontada contiver ideias ou interesses diferentes, então representará uma imposição de base arbitrária.¹¹⁵ Em outras palavras: Justa é a interferência que é adequadamente constrangida e injusta é a que

¹¹⁴ PETTIT. Philip. **Republican Theory and Criminal Punishment** in Utilitas. Vol. 9, no. 1, March 1997 Edinburgh University Press 1997 p. 59.

¹¹⁵ PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.61.

impõe idéia e interesses não adequados, que não se coadunam com o que foi estabelecido.

O antônimo de liberdade, salienta PETTIT, nem de longe envolve a noção de interferência, mas somente de interferência arbitrária, e mais ainda, o contrário de liberdade não requer que a interferência arbitrária seja atual, mas que o agente ativo tenha capacidade para interferir, ou seja, vulnerabilidade, ou que o agente ativo, aquele que interfere possa ter potencialidade para interferir. Assenta-se nele o *arbitrium*, a decisão ou o julgamento.¹¹⁶ Nas suas palavras:

“Um ato de interferência não será arbitrário se for adequadamente constringido a satisfazer os interesses daqueles que sofrem a interferência, de acordo com aqueles interesses; se impuser interesses diferentes, então ele representará imposição de base arbitrária.”¹¹⁷

Disto resulta o seguinte: é mais difícil a perda da liberdade quando não se admite a arbitrariedade e é mais fácil a perda da liberdade quando o agente ativo tem a capacidade, a potencialidade para interferir, mesmo que não interfira.¹¹⁸ Quando não se admite a arbitrariedade o agente passivo fica livre, porque tem consciência que não sofrerá interferência arbitrária. Quando, no entanto, o agente ativo tem potencialidade para interferir, mesmo que não interfira, o agente passivo sabe que não está livre porque quando o agente ativo quiser poderá interferir e o agente passivo ficará à mercê do arbítrio do agente ativo.

2.4. PERDA DA LIBERDADE COMO NÃO-DOMINAÇÃO

Aqui PETTIT analisa a possível perda da liberdade nas concepções de liberdade, a liberal e a republicana. É claro que um regime legal coercitivo envolve

¹¹⁶ PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.61.

¹¹⁷ “An act of interference will be non-arbitrary so far as it is suitably constrained in particular so far as it is constrained to satisfy the interests of those who suffer the interference, according to their ideas about those interests; if it imposes alien ideas or interests, then it will represent imposition on an arbitrary basis.”(PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.61).

¹¹⁸ PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.61.

sempre interferência, as pessoas serão penalizadas por infringir a lei. Aí resta a conclusão: pelo regime liberal, aquele que não admite interferência, isto vai comprometer a liberdade das pessoas e representará por consequência uma perda de liberdade. Então, qualquer sujeição legal será na verdade uma perda de liberdade. Na concepção de liberdade republicana, no entanto, as pessoas viverão debaixo de leis – e havendo uma “estipulação” que regule as condições a serem exercitadas – a confecção, interpretação e implementação da lei não seja arbitrária contanto que a coerção legal envolvida seja constrangida pelos interesses e julgamentos dos envolvidos. Será arbitrária quando representar interesses ou noções distintas daquelas estipuladas. A “estipulação”, que PETTIT chama de “*proviso*” é que o regime legal represente uma “*fair rule of law*” (justa regra legal), e que seja imposta de uma maneira contestável democraticamente – que qualquer que se sentir lesado, possa pelos seus próprios padrões, obter uma audiência e julgamento sempre que a lei represente uma imposição de interesses ou ideais contrários a “*proviso*”.¹¹⁹

PETTIT esclarece que a lei constitui um comprometimento de liberdade, um regime de coerção legal e restrição que tenha o mesmo efeito que um obstáculo natural limitando ou dificultando as chances, as faixas sobre as quais as pessoas possam escolher dentro de opções que elas não sofram dominação. Tal limitação de liberdade seria segundo ele uma intrusão, pois os cidadãos comuns não estão em liberdade para se comportar ilegalmente, sobre esta forma de limitação, e cidadãos que são submetidos a penalidades, não estão em liberdade para fazer coisas que de outra forma seriam perfeitamente legais: prisioneiros não estão em liberdade para se mover como querem e aqueles multados não estão em liberdade para gastar o dinheiro como bem desejam.¹²⁰

Os que propõem a liberdade como não-interferência não contam obstáculos naturais como fatores que comprometem a liberdade – porque tais obstáculos não são intencionais. Mas admitem que esses obstáculos afetam a faixa de escolha – as

¹¹⁹PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.62.

¹²⁰PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.62.

opções sobre que liberdade como não-interferência pode ser exercitada. Os obstáculos condicionam a liberdade, mas não a comprometem. Os proponentes da liberdade como não-dominação movem o *locus* desta fronteira entre fatores que comprometem e condicionam afim de que a interferência associada a uma justa e democrática regra legal condicione a liberdade das pessoas de forma a parecer um obstáculo natural e dessa forma assegure que não estão em liberdade para fazer qualquer coisa, mesmo que ela não comprometa sua liberdade. PETTIT destaca que dois grandes defensores do liberalismo, HOBBS e BENTHAM, inicialmente foram advogados da proposição de que a lei representava ela mesma um comprometimento da liberdade, muito embora rompessem com a tradição republicana na sequência redefinindo a liberdade como não-interferência e remoldando liberdade e lei. James HARRINGTON esclareceu que HOBBS confundiu liberdade da lei – *from the law* – com liberdade propriamente dita, liberdade pela lei – *freedom by the law*. HARRINGTON¹²¹ foi um defensor do republicanismo, uma das figuras que mais contrapôs os ideais absolutistas de HOBBS, com sua obra “*Oceana*”. A liberdade à mercê da lei e a liberdade com respeito à lei, em outras palavras. A primeira seria a liberdade dos Estados republicanos e afins, a liberdade no sentido da cidadania e a segunda seria uma liberdade encontrada em qualquer tipo de governo, de relevância menor. Porém, esta liberdade cidadã somente existe mercê às leis, porque são forjadas por indivíduos para a proteção deles próprios. Dessa forma na ocorrência de erros, a culpa deveria recair sobre eles mesmos, porque foram elaboradas por eles. Esta avaliação do (efeito de perda da liberdade) analisado faz uma associação entre a lei e a liberdade.

A tradição norte-americana teve como corifeu John LOCKE, que seguiu o caminho de HARRINGTON, se contrapondo a HOBBS. LOCKE defendeu o

¹²¹ James Harrington se notabilizou por ser um discípulo de Maquiavel no século XVII, descartou as idéias de liberdade não social defendida por Hobbes, que havia afirmado que os cidadãos da republicana Lucca podiam não ter mais liberdade do que os habitantes da despótica Constantinopla. A famosa réplica de Harrington: “*He may have no more freedom from the law, but he certainly has more freedom by the law.*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.59).

republicanismo e o direito como essencial à liberdade, para quem a lei servia não para restringir ou abolir mas para preservar e ampliar a liberdade.¹²² Tem-se aí, portanto, que como advertido por LOCKE, o direito protege a liberdade, quando ela sofre a ameaça do injusto, e acrescentou: “*where there is no law, there is no freedom*”, (onde não há lei, não há liberdade).¹²³ Inobstante as considerações contrárias de Sir Robert FILMER, fiel ao absolutismo, LOCKE acentua:

“A liberdade natural do homem nada mais é que não estar submetida a qualquer poder terreno, e não submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, tendo como única regra apenas a lei da natureza. A liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado. A liberdade não é pois, como afirma Sir Robert FILMER, (uma liberdade para qualquer homem fazer o que lhe apraz, viver como lhe convém sem se ver refreado por quaisquer leis) a liberdade dos homens sob o governo importa em ter regra permanente a lhes pautar a vida, comum aos demais membros da mesma sociedade e feita pelo poder legislativo estabelecido em seu seio; a liberdade de seguir a própria vontade em tudo o que não esta prescrito pela lei, não submetida à vontade imutável, duvidosa e arbitrária de qualquer homem; assim como a liberdade natural consiste em não sofrer qualquer restrição a não ser a lei da própria natureza.”¹²⁴

Os defensores da *commonwealth* entendiam que o bom direito é fonte de liberdade, que o fim do direito não é o de cancelar ou restringir, senão preservar e ampliar a liberdade. Richard PRICE não foi diferente, foi defensor dos mesmos pilares de LOCKE e HARRINGTON, e assim se posicionou: “Assim, um governo justo não infringe a liberdade, mas a estabelece. Não anula os direitos da humanidade, mas os protege e os confirma.”¹²⁵

¹²² “*that ill deserves the Name of Confinement which serves to hedge us in only from Bogs and Precipices...the end of law is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge Freedom*”(PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.63).

¹²³ PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.64.

¹²⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo:Ed. Martin Claret, 2006. p. 35.

¹²⁵ PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.62.

A independência norte-americana provocou oposições na Inglaterra em meados do Século XVIII, a mando do primeiro ministro Lord NORTH. Uma dessas oposições veio de John LIND,¹²⁶ direcionadas à obra de Richard PRICE, com o mesmo discurso de que a liberdade era a ausência de coerção. Que toda lei é coercitiva, e o seu efeito é restringir ou constranger. A liberdade de um lado e a restrição ou constrição – ou seja, a interferência – de outro. Como a lei traria essa interferência, logo traria a restrição e a constrição, dessa forma não haveria liberdade na lei. LIND e outros autores foram influenciados por Jeremy BENTHAM¹²⁷, quem advogou que essa noção de liberdade que não admite interferência era a pedra angular de seu sistema, ou seja, como ausência de restrição.¹²⁸

O efeito da perda da liberdade vem do fato de que alguém perde a liberdade não só se outro interfere de forma arbitrária nas suas escolhas, mas na medida que o agente ativo tem a capacidade para fazer isto, como já esclarecido.

Assim sendo, pela concepção republicana de liberdade o agente perde a liberdade quando está subordinado ao arbítrio de outrem, ou seja, do agente ativo, mesmo que ele não utilize esse arbítrio contra o agente passivo, ou mesmo nunca utilize de forma hostil, destaca PETTIT.¹²⁹ Ele exemplifica o caso de uma esposa que vive debaixo da dominação do marido. Mesmo que o marido seja amoroso e cuidadoso ela não poderá contar com uma liberdade de não-dominação, e adiciona exemplos de um empregado que vive a dominação do empregador, os membros de uma minoria que vivem sob a égide da maioria e o devedor em relação ao credor. Estes exemplos marcam uma relação de subserviência, na qual estão a esposa, o

¹²⁶ John LIND laborou para o Primeiro Ministro LORD NORTH, em meados dos anos 70 do Século XVIII, desincentivando a independência americana. Numa das obras, *Três Cartas ao Doutor Price* (LIND 1776) objetou as opiniões de PRICE, ainda que não tenha mencionado HOBBS, seu ponto de partida foi o suposto hobbesiano central que a liberdade “não é nem mais e nem menos que a ausência de coerção”. (PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.64).

¹²⁷ Jeremy BENTHAM foi inimigo da Revolução Americana e depois da Francesa, BENTHAM e seus amigos se opuseram abertamente à causa americana em 1770, argumenta PETTIT, trazendo HART 1982. ensayo 3. (PETTIT. **Republican Theory...**, op.,cit.p.64).

¹²⁸ PETTIT. **Republican ...**, op.,cit.p.66-67.

¹²⁹ PETTIT. **Republican ...**, op.,cit.p.64

empregado, a minoria, o devedor ou qualquer um que esteja em situação de subordinação.

Esta análise faz uma associação entre lei e escravidão. PETTIT esclarece que após BENTHAM se tornou comum a assertiva que a lei representava um comprometimento da liberdade, ainda que esse comprometimento indicasse uma “utilidade”, ou que fosse afinal de contas para o “bem geral”. Entretanto antes de BENTHAM quando a liberdade era oposta à dominação, a associação entre não livre e escravo era completa. O significado de ser um não livre era viver da misericórdia de outrem; e era viver debaixo de uma condição de escravidão.

O efeito da (facilidade de perda da liberdade) se conecta, segundo PETTIT ao tema da escravidão, porque ainda que o senhor não interfira na liberdade do escravo, ainda assim o escravo continua escravo, vivendo à mercê do dono. Ao que conclui PETTIT, há dominação e há não liberdade mesmo que nenhuma interferência ocorra.¹³⁰

O primeiro efeito citado acima, que associou liberdade e lei, ajudou os defensores da causa americana a argumentar que enquanto os britânicos não eram livres pela lei, porque a lei poderia não ser arbitrariamente imposta na Grã Bretanha, os norte americanos não gozavam do mesmo status debaixo da lei britânica. O segundo efeito discorrido ao associar lei e escravidão os ajudou a argumentar que embora o Parlamento britânico pudesse não interferir nos negócios americanos, oportunamente, não os tirava da condição de escravos dos britânicos. Porque, evidentemente, sem qualquer restrição considerável no Parlamento britânico que pudesse limitar sua vontade, o parlamento poderia a qualquer momento subjugar os norte-americanos com novos e altos impostos.¹³¹

A liberdade republicana valoriza a liberdade positiva e em particular a de participação democrática,¹³² mas não é uma concepção positiva de liberdade, seu foco é evitar os males ligados à interferência.

¹³⁰ PETTIT. **Republican...**, op.,cit.p.65

¹³¹ PETTIT. **Republican...**, op.,cit.p.66

¹³² PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.46.

Na tradição republicana, a definição da liberdade passa pelo crivo de mecanismos atuantes que controlam e gerenciam os males ligados à interferência, como a democracia participativa, a representação política, a separação dos poderes e o próprio controle de constitucionalidade. Sem esses mecanismos a liberdade estaria fadada a ser derrotada pela dominação.

HARRINGTON sustentou a existência da liberdade com controles democráticos. Que a liberdade do povo não é a mesma coisa que participação no governo, que não se põe a confiança no espírito do povo, mas em leis e preceitos promulgados.¹³³ PRICE aduziu que se os governantes não estivessem submetidos a um controle por parte das comissões distritais, então se perderia a ideia de liberdade e John PRIESTLEY descreveu o poder democrático de votar como liberdade política, diferenciando liberdade política e cívica. Thomas PAINE não fez separações dos interesses individuais, coletivos e públicos dentro do governo republicano, pela forma representativa.¹³⁴ MADISON e os outros federalistas também embutiram na noção de república a democracia representativa e a separação dos poderes evitando as imperfeições do sistema.

A maioria dos autores que retratam uma conceituação de liberdade a afastam do vínculo da escravidão. Veja a propósito HARRINGTON quando destaca que o homem que não pode viver por si mesmo (tem que ser um escravo). MAQUIAVEL traçando o mesmo plano sustentou que a submissão à tirania e a colonização são formas de escravidão.¹³⁵ Tanto nas epístolas de Caton, Lord BOLINGBROKE e os homens da *Commonwealth*, PRIESTLEY e PRICE identificavam um poder livre da opressão do escravismo, ora determinado como absolutismo, ora como o pavor do parlamento britânico escravizando os contribuintes norte-americanos ou ora simplesmente a própria vida submetida a outrem.¹³⁶

¹³³ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.48-49.

¹³⁴ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.50.

¹³⁵ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.52-53.

¹³⁶ Veja a propósito uma instrução votada em 1772 em Boston “...que la Gran Bretaña no puede tener derecho alguno a sacarnos dinero sein nuestro consentimiento, a menos que seamos esclavos.” Por Reid 1988, p. 92.

A compreensão de uma liberdade sem interferência, que afasta os impedimentos, barreiras ou restrições de outrem, em que se está livre para agir sem que seja de qualquer forma impedido, livre de uma coerção, é sintetizada por RAMOS, da seguinte forma:

“(…) o indivíduo possui um campo de ação livre para o mais amplo exercício da sua liberdade, desde que não seja impedido, obstruído ou coagido por outrem. A coerção significa uma deliberada ingerência que restringe a liberdade de alguém naquilo em que se poderia agir ou deixar de agir de outra forma caso não existisse essa interferência”¹³⁷

É a liberdade do liberalismo. Por outro lado, a liberdade do republicanismo prevê a possibilidade de interferência justamente a fim de repelir a interferência injusta e ilegal, como ainda aponta RAMOS:

“como também pela ausência do perigo que essa interferência possa representar, constituindo, assim, um domínio potencial sobre a liberdade dos sujeitos. Apenas as instituições republicanas, estabelecidas pela legitimidade da lei e asseguradas pela capacidade de supervisão e crítica dos cidadãos, podem afastar o perigo da intromissão não desejada ou injusta.”¹³⁸

A participação política, a emancipação do indivíduo da dominação e da dependência, do exercício pleno da cidadania, a noção dos deveres políticos e a consciência dos direitos e garantias individuais, só se compatibiliza quando a lei está sendo confeccionada, efetivada e repelida quando injusta ou ilegal num estado em que está submetida ao bem comum.¹³⁹

A esse propósito PETTIT registra que o pensamento republicano de que as leis criam a liberdade do povo somente tem sentido se a liberdade consiste em não dominação. Segundo o autor as boas leis mitigam o povo da dominação, protegem o

¹³⁷ RAMOS, César Augusto. In **A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas. Liberalismo ou Republicanismo?** Síntese – Revista de filosofia. V. 33. n.o. 105 Belo Horizonte: 2006. p. 85.

¹³⁸ RAMOS, **A cidadania...**, .op.,cit.p. 85.

¹³⁹ RAMOS, **A cidadania...**, .op.,cit.p. 87.

povo contra forças poderosas, mesmo contra as autoridades estatais, as leis então restringiriam tais forças arbitrárias¹⁴⁰, e neste sentido ensina OLDFIELD, que a arbitrariedade possa ser repelida por meio de mecanismos adequados de representação, de revezamento de cargos, de separação dos poderes.¹⁴¹

A interferência, ainda quando houvesse não seria arbitrária, mas motivada pela busca de satisfação dos interesses comuns dos cidadãos, leis que criem a liberdade, a liberdade como não-dominação. As leis poderiam ser suficientes para impedir poderes arbitrários e se essas mesmas leis não introduzissem poderes arbitrários, então aqueles que vivem num ordenamento assim seriam livres, representado uma comunidade política livre, um modo livre de organização e de governo, o que é perfeitamente inteligível, aponta PETTIT porque os republicanos buscam o modo de obtenção de um corpo político livre e o modo de conseguir a liberdade dos indivíduos.¹⁴²

A concepção, todavia de que o direito possa ser criador de liberdade padeceu de duras críticas no Século XVII por HOBBS. Apresentou inicialmente uma liberdade como não-interferência, para quem a liberdade só seria restrita e privada estritamente quando fisicamente coagida e mediante situações de ameaça, que PETTIT retrata:

“Este modo de conceber a liberdade – e se trata de uma grande novidade em seu tempo – levou Hobbes a argumentar que o direito é sempre invasor da liberdade das pessoas, por mais benigna que se revele esta invasão a longo prazo. Hobbes observa que a liberdade no sentido de não coerção – a liberdade no sentido que lhe parece relevante – sempre se vê invadida por leis impostas pelo Estado, qualquer que seja a

¹⁴⁰ “Pero la recurrente Idea republicana es que esas autoridades serán oportunamente restringidas – no tendrán poder arbitrario sobre los demás – por una constitución propriamente dicha” PETTIT. Op.cit.p.58.

¹⁴¹ “no tendrán poder arbitrario sobre los demás – por una constitución propriamente dicha (cuando, pongamos por caso, se den mecanismos adecuados de representación, de rotación de cargos, de separación de poderes, etc.” (PETTIT.**Republicanismo...**, op., cit. p. 58).

¹⁴² PETTIT.**Republicanismo...**, op., cit. p. 58.

natureza do Estado. O resultado é que o povo somente goza de liberdade quando cala o direito; somente quando o direito não se intromete.”¹⁴³

Essa liberdade viria segundo ele do que prefixou o soberano, expressando que a liberdade de um sujeito descansa, assim, somente naquelas coisas que, ao regular suas ações, tem fixado o soberano.

Desafiou a tradição republicana tornando-se um defensor do Estado totalitário, aponta PETTIT,¹⁴⁴ tentando se assegurar que as leis de um Leviatã autoritário não poderiam ser combatidas com doutrinas republicanas. Apesar de mundialmente lido, o republicanismo não se apagou ou se intimidou com suas ideias, exceto Sir Robert FILMER ao sustentar que a liberdade perfeita requeria a ausência de leis “pois não há lei, senão na restrição da liberdade” “mas esta liberdade, não se achará em nenhuma república, pois há mais leis em um Estado popular que em nenhuma outra parte, e, por conseguinte, menos liberdade”.¹⁴⁵

A noção de liberdade liberal, afastando a ideia da interferência, esteve ligada e triunfou no pensamento político moderno, amparada por uma doutrina utilitarista, que gozou de grande influência no século XIX, defendida pelo primado de que as leis são restrições à vontade privada e esteve particularmente presente nos pensamentos e nos escritos de Jeremy BENTHAM¹⁴⁶ e William PALLEY¹⁴⁷,

¹⁴³ “Este modo de concebir la libertad – y se trataba de una gran novedad en su tiempo – llevó a Hobbes a argüir que el derecho es siempre invasor de la libertad de las personas, por benigna que se revele esta invasión a largo plazo. Hobbes observa que la libertad en el sentido de no-coerción – la libertad en el sentido que a él le parece relevante - siempre se ve invadida por las leyes impuestas por el estado, cualquiera que sea la naturaleza de este estado. El resultado es que el pueblo sólo goza de libertad cuando calla el derecho; solo cuando el derecho no se entromete.” (PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p. 59).

¹⁴⁴ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p. 60.

¹⁴⁵ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p. 60.

¹⁴⁶ PETTIT. **Republicanismo...**, op., cit. p.68. “Lo mismo que la coerción ejercida or un individuo sobre otro individuo, ninguna libertad puede concederse a un hombre sino en la proporción en que se le arrebat a otro. Todas las leyes coercitivas, por consiguiente ...y en particular todas las leyes creadoras de libertad, son, “hasta donde alcanzan”, revocadoras de libertad”. Trad. Livre. O mesmo que a coerção exercida de um indivíduo sobre outro, nenhuma liberdade pode conceder-se a um homem senão na proporção que se dá a outro. Todas as leis coercitivas, por conseguinte ...e em particular todas as criadoras de liberdade, são “até onde se alcançam”, revogadoras de liberdade.

¹⁴⁷ PALLEY. William **The Principles of Moral and Political Philosophy** . Reconhecendo que a noção de liberdade utilizada no discurso comum como exemplo de muitos

destaca PETTIT, servindo como um conteúdo ideológico contra a causa americana e procurando favorecer a dominação britânica nas novas colônias inglesas na América.¹⁴⁸ Esses autores argumentaram que estas restrições legais se revestiam de um mal, necessitando de uma vantagem pública maior. O ônus da prova dessa possível vantagem ficaria a cargo da assembléia legislativa e quando a lei não produzisse efeitos bons se teria razão suficiente para desprezá-la.¹⁴⁹ Parece ter sido este pensamento, esta liberdade voltada a uma vantagem pública maior, a que influenciou todo o primado do utilitarismo de BENTHAM e PALEY.

Era mais vantajoso apresentar a liberdade como não-dominação, mas também igualmente como não-interferência. Não era concebível a exigência de que um grande número de interferências pudesse colocar os seus ideais em risco. Era necessário assegurar aos grandes proprietários, empresários e as elites a liberdade de manutenção de seus escravos, empregados e o seu domínio capitalista. De um lado os liberais de direita, afirmando uma realização formal da liberdade, bastante explícitos nos ideais de não-interferência e os de esquerda, buscando uma certa liberdade, a realização da igualdade e do bem estar sem desviar seus interesses da não-interferência.¹⁵⁰ É a liberdade negativa na visão de Berlin, a liberdade dos modernos.

2.5 LIBERDADE REPUBLICANA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A noção de liberdade republicana, como o padrão liberal, é mais negativa do que positiva. Muito embora liberais e republicanos possam compartilhar um

escritores respeitáveis é a de liberdade como não-dominação. Assim expõe: “*Esa noción fia la libertad en la seguridad, y la hace consistir no meramente en la ausencia de constricciones procedentes de leyes inútiles y nocivas y en la ausencia de actos de dominación, sino en el estar exentos del peligro de que esos actos y leyes se nos acaben imponiendo*” (PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p. 69).

¹⁴⁸ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.69.

¹⁴⁹ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.69.

¹⁵⁰ PETTIT. **Republicanism...**, op., cit. p.74.

conceito de liberdade negativa e interpretá-la de formas diferentes, essencialmente, a distinção repousará na caracterização da não-interferência. A liberdade republicana como foi visto não admite a dominação, mas possibilita a interferência.

As considerações sobre a liberdade republicana foram objeto de estudo no capítulo referente à liberdade como não-dominação. Entretanto, na área criminal os conceitos de liberdade embora retratem um mesmo embasamento teórico suplantam aqueles conceitos, aprofundando os questionamentos na obra “*Not Just Deserts – a republican theory of criminal justice*”, escrita por PETTIT e BRAITHWAITE.

BRAITHWAITE e PETTIT preferem utilizar a palavra *dominion* para a descrição desta liberdade republicana, do que a conotação *freedom* da noção liberal.¹⁵¹ *Dominion*¹⁵² seria quando um agente goza de liberdade negativa, se e somente se ele está isento de “*constraints*”¹⁵³ impostos pela intenção ou pelo menos pelas ações culpáveis de outros na escolha de certas opções, que os autores padronizam como sendo aquelas opções que o agente normal é capaz de realizar em condições normais sem a colaboração especial de ninguém ou de qualquer circunstância.

O estudo da liberdade negativa, ou seja, a liberdade da não-dominação, mas sem interferência, foi fortemente concebida pelo liberalismo e se insurgiu na questão criminal na doutrina do prevencionismo e do consequencialismo. Mas que efeitos o prevencionismo e o consequencialismo imprimiram no sistema de justiça criminal? Qual é o modelo republicano de liberdade? Quais os alvos do sistema de justiça criminal republicano? O trabalho procura dar resposta a estas questões tendo como ancoradouro a obra de BRAITHWAITE e PETTIT.

¹⁵¹ Parece ter o mesmo significado de *libertas* para os romanos e *franchise* para os povos da Idade Média. Vide. op.,cit. p. 60.

¹⁵² O termo *dominion* se presta melhor para os fins do trabalho sem tradução, significando: o domínio próprio de um indivíduo, a sua esfera de autoridade.

¹⁵³ A palavra *constraint* pode ser traduzida por constrição, limite, barreira. A manutenção do original em inglês parece mais adequado.

2.6 "DOMINION" E A LIBERDADE REPUBLICANA

Vimos que a liberdade republicana se diferencia da liberdade dos liberais, enquanto a liberdade destes é concebida por BRAITHWAITE e PETTIT como uma liberdade não social, a republicana tem uma construção social. Enquanto a liberdade negativa tem uma visão atomística da sociedade, porque o sujeito está livre de “*constraints*”, na execução de atos culposos ou dolosos, a republicana tem uma perspectiva holística, num caráter social. Esta ideia de liberdade atrai três condições: depende não só da própria condição do sujeito, mas comparativamente com a dos outros na sociedade, não só que ele tenha a mesma isenção dos “*constraints*” que qualquer um da mesma sociedade, mas que tenha a mesma garantia que qualquer um tem daquela isenção, ou seja uma garantia adequada da ausência de *constraints* e que ela tenha a garantia não só da ausência de *constraints*, mas também o conhecimento da ausência assegurada.¹⁵⁴

Ele tem controle em certas áreas, sendo livre da interferência de outros, mas este controle advém sobretudo do reconhecimento dos outros e da proteção legal. É exatamente, como esclarecem os autores, o que “*libertas*” significou para os romanos e “*franchise*” significou para os medievais.¹⁵⁵

A demonstração do que a palavra “*dominion*”¹⁵⁶ envolve e ainda a demonstração de que este é um “*target*”¹⁵⁷ satisfatório para o sistema de justiça criminal, é o que permeará nossas próximas discussões em torno desses autores. De se ver que apresentará um forte contraste entre as concepções de liberdade dos liberais e a republicana nas suas diferentes extensões.

BRAITHWAITE e PETTIT chamam a liberdade republicana de “*dominion*”, um alvo para o sistema de justiça criminal, um valor que deva ser

¹⁵⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p.63.

¹⁵⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p.60.

¹⁵⁶ O vocábulo *dominion* é mais fiel para a característica que os autores querem traçar, sugere um modelo de participação enquanto o vocábulo *autonomia* sugere uma separação do indivíduo das outras pessoas.

¹⁵⁷ A palavra “*target*” significa alvo, objetivo.

promovido, e que deve satisfazer certas condições: 1.º - que o cidadão goze de uma perspectiva de liberdade nunca menor que a disponível para outros; 2.º - que o cidadão saiba e que todos saibam que ele goza desta perspectiva de liberdade; 3.º - que goze da perspectiva de liberdade como a melhor compatível com a mesma perspectiva para todos os cidadãos. Trata-se de um ideal formal, mas não máximo, pois pode haver casos em que uma pessoa possa ter melhores perspectivas que outra na mesma sociedade, então o Estado deve nivelar as perspectivas de liberdade, colocando os cidadãos num mesmo nível ou reduzir a diferença entre os níveis¹⁵⁸.

2.7. SUPERANDO A DICOTOMIA RETRIBUTIVISMO / UTILITARISMO

No afã de encontrar respostas às indagações sobre a insatisfação geral que pesa quando nos deparamos com essa realidade vivida hoje na seara do sistema de justiça criminal, que aprisiona, que enrijece a legislação criminalizando mais, e que parece não prover resultados compatíveis com nossas expectativas, espera-se uma teoria que responda adequadamente a estes questionamentos.

Todo um aparato e um fenômeno que resulta uma enorme insatisfação vem ocorrendo. Por essa razão os acadêmicos, os teóricos e os profissionais do direito, não só, os sociólogos têm se debruçado e buscado soluções, mas procurado entender a causa de brusco aumento na criminalidade, mas também a inefetividade dos aparatos institucionais que são utilizados para combatê-la, a corrupção policial, venda de mercadorias políticas, o agressivo indiciamento, descuidada abordagem, os resultados incompatíveis, a não reabilitação do preso, a não reinserção do mesmo na sociedade, o desemprego, as punições duras demais e leves demais para o tipo de agente, a incompatibilidade nas cifras, o aparato do tráfico de drogas como propagador da criminalidade, a sustentação desse tráfico, o envolvimento de agentes, a impossibilidade de abaixar a pena do mínimo legal, as sentenças determinadas etc.

¹⁵⁸ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.65-66.

O desenvolvimento de temas acadêmicos muitas vezes giram em torno de subsistemas dentro do sistema de justiça criminal, refletindo questões particulares dos problemas surgidos, sem entretanto, refletir a busca de um estudo do todo.

Importa, na verdade considerar que uma reforma sistemática que proveja resultados eficientes nesses terrenos, não poderá resistir a qualquer tentativa de mudança se não passar pelo viés do Estado. Qualquer implementação que vise o aperfeiçoamento de qualquer compartimento da justiça criminal não pode ser feita de forma isolada ou particular, mas em subsistemas interligados no eixo de sustentação do Estado, dentro de um sistema maior orientador e efetivador.

Por esta razão buscou-se uma teoria republicana da justiça criminal, por motivos que já foram expostos, ou seja, a questão de saber que tipo de liberdade se quer defender, se é uma liberdade positiva, uma liberdade negativa, ou uma terceira liberdade como não-dominação, mas que enfim permite certa interferência.

Ao traçar os contornos desta liberdade como não-dominação e com interferência, estamos indubitavelmente dentro do republicanismo.

Até o retributivismo dos anos 70, a idéia de que os delinquentes pudessem ser punidos na justa medida do seu merecimento não era aceitável entre os criminólogos. Pouquíssimos teóricos mantinham a idéia retribucionista. Durante a era vitoriana, apontam BRAITHWAITE e PETTIT, o retributivismo havia se tornado desrespeitado, como uma indulgência não científica das emoções vingativas.¹⁵⁹ O prevencionismo, uma variante do utilitarismo ocupou todo o cenário do sistema de justiça criminal. As sentenças indeterminadas buscavam a incapacitação da continuidade delituosa, a intimidação geral e específica, a reabilitação dos delinquentes, fruto desta nova corrente, almejando neste comportamento a cura e a reabilitação do sentenciado.

Entretanto, no mesmo período a criminologia positiva, pragmática e teleológica da tradição de BENTHAM, fundamentada na reabilitação e cura do criminoso e na intimidação geral e específica da conduta criminosa não proveu os resultados que se esperavam, em virtude das vis consequências verificadas nas taxas

¹⁵⁹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.03.

criminais. O que se deu foi o aumento do número de prisões, de efetivo policial e de penas mais severas. Sem clareza e precisão nos procedimentos de incapacitação, reabilitação, nos dados sobre a reincidência e o conseqüentemente desrespeito aos direitos dos ofensores, somados à indeterminação das penas nas sentenças na reabilitação e na incapacitação, permitiu que muitos ofensores fossem mantidos presos até que estivessem em condições de ser colocados em liberdade e em “segurança”. Na Inglaterra e nos Estados Unidos muitos ficaram longos períodos presos por crimes de pequeno potencial ofensivo enquanto delinquentes mais perigosos se livravam em períodos curtos, porque se mostravam hábeis no comportamento carcerário. Por outro lado, a reabilitação e a incapacitação eram utilizadas como pretexto para manter delinquentes considerados insolentes ou subversivos indefinidamente encarcerados. Relatórios antecipados de comportamento exemplar e notável, de outra forma eram objeto de subornos, colocando delinquentes fora da cadeia.¹⁶⁰

Todas estas incongruências possibilitaram aos teóricos radicais e retributivistas razões mais que suficientes para atacar os modelos e programas utilitaristas. Obras como a “Vigiar e Punir” de FOUCAULT e trabalhos de criminólogos radicais, de inspiração nos marxismos e reflexões esquerdistas como “Criminologia Crítica” de TAYLOR e YOUNG, autores que se levantaram em defesa do retrocesso ao retributivismo como Andrew Von HIRSCH, com “*Doing Justice, Past ou Future Crimes, Censure and Sanctions*”, consagrando por um lado o retributivismo do “*just deserts*” e por outros modelos abolicionistas e revisionistas nos debates acadêmicos e políticos dos anos 80 foram incisivamente afastando o preventivismo e o utilitarismo. E aí novamente o “justo merecimento” entrou na pauta das condenações, na justa proporção de sua culpabilidade e periculosidade, nem mais e nem menos.

BRAITHWAITE e PETTIT esclarecem que os retributivistas se moveram pelas razões certas, mas tomaram vias erradas. Que vias erradas foram estas? Por qual razão o retributivismo não proveu as necessidades dos desafios do sistema de

¹⁶⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.4.

justiça criminal? Existe uma teoria capaz de minimizar o caos em que se encontra o sistema de justiça criminal? BRAITHWAITE e PETTIT propõem uma teoria compreensiva, um sistema teórico híbrido, neoretributivista que contenha aspectos tanto do retributivismo quanto do utilitarismo.

Esse sistema híbrido surgiu principalmente pelo avanço das teorias retributivistas, com as decretações de sentença e os chamados “*guidelines sentencing*”, os “guias para sentenças”, e o declínio do utilitarismo com seu clima arbitrário e inseguro das incapacitações, intimidações e a chamada prevenção do crime. Esse sistema inflexível, que determinava penas certas para condutas certas, influenciado pelo “*just deserts*”, ou “justo merecimento”, legou aos processos em juízo as “*prescribed sentences*” ou sentenças determinadas¹⁶¹ que foram de certa forma apoiadas pelas cortes de apelação, destaca HUDSON,¹⁶² ou o surgimento de penas em programas de sentenças, demonstrou que as reformas tinham sido cooptadas pelos fomentadores sociais e políticos dos “*get tough movement*”.¹⁶³ Da mesma forma, a lei do “*three strikes*”¹⁶⁴, em alguns Estados norte-americanos, e os “1991 e 1993 *Criminal Justice Acts*”¹⁶⁵ na Inglaterra e País de Gales, que enrijeceram a condenação do réu reincidente e a criação de prisões para crianças e adolescentes com três condenações, tudo isso demonstrando que no âmago dos apelos pela diminuição da criminalidade havia uma preocupação com a continuidade delitiva e a seriedade do crime. Como HUDSON aponta: “Eles

¹⁶¹ No direito anglo-saxão as sentenças costumeiramente se apóiam em princípios, costumes e nas jurisprudências das cortes e não numa pré determinação de pena correspondente a cada crime.

¹⁶² HUDSON. **Understanding ...**, op.cit., p.54.

¹⁶³ Movimento político-social nos Estados Unidos, iniciado nos anos 70 e estendido até os anos 90, apoiado pela opinião pública em defesa de altas taxas de encarceramento, privatização de prisões, destinação de recursos para penitenciárias, sentenças com penas altas e duras, aumento da pena de morte e diminuição das liberdades condicionais etc. Disponível em Prisons: History - The "get Tough" Movement Acesso em 31/07/09.

¹⁶⁴ Lei que obriga à pena de prisão para ofensores que cometeram um terceiro crime violento.

¹⁶⁵ O “1991 Criminal Justice Act” considerou a severidade do crime mas foi duramente combatido pelo judiciário e pelos políticos e o “1993 Criminal Justice Act” deu mais influência para as condenações reincidentes.

também procuraram proteção do ofensor perigoso e persistente e procuraram ações fortes contra tipos de ofensas que se tornaram repentinamente prevalentes.”¹⁶⁶

Assim, foi essa resposta, de um lado retributivista, compromissada com os princípios e com o merecimento e de outro lado, a face empírica e insegura do utilitarismo que conduziu a uma aproximação dos modelos híbridos, com elementos das duas teorias.

Mais recentemente, a legislação do “*Three Strikes*”, demonstrou, conforme o que sinaliza HUDSON que houve uma necessidade social e política de repensar o crime não só pelo seu próprio ato, mas bem como pela sua severidade e pela frequência de seu cometimento.¹⁶⁷ Não é demais apontar que a severidade e a frequência são características das teorias utilitaristas e não das retributivistas, que já começaram a tomar corpo e serem inseridas na legislação. As sociedades e os políticos almejavam mais do que o justo merecimento, buscavam por soluções que iam além da pena merecida, mas que trouxessem uma resposta também na prevenção do crime, na intimidação do delinquente perigoso, habitual, reincidente e um certo rigor nas ofensas repentinas¹⁶⁸.

A tentativa de combinação destes elementos díspares de uma e outra doutrina, foi combatida. Há teóricos que afirmam que esse hibridismo é irreconciliável, pois seus princípios são equidistantes, de um lado, lutando contra o perigo da insensibilidade ou da falta de propósito na pena, quando retributivistas e de outro lado lutando contra a desproporção na pena, punindo condutas ainda não cometidas, com penas flexíveis e indeterminadas, quando consequencialistas.

Todavia esses movimentos em favor dos modelos híbridos cresceram, e se intensificaram, pois reúnem as melhores aproximações das teorias retributivistas, evitando a insensibilidade e penas imotivadas (sem propósitos justificadores) e as melhores aproximações dos utilitaristas, evitando penas desproporcionais ou por

¹⁶⁶“*They also seek protection from dangerous or persistent offenders, and seek strong actions against kinds of offending that become suddenly prevalent.*” (HUDSON. **Understanding...**,op.,cit., p.55).

¹⁶⁷HUDSON. **Understanding...**,op.,cit., p.55.

¹⁶⁸HUDSON. **Understanding...**,op.,cit., p.55.

crimes ainda não cometidos. Esses movimentos tem sido defendidos por BRAITHWAITE e PETTIT, ROBINSON, Norval MORRIS, WALKER etc.

BRAITHWAITE e PETTIT desenvolveram uma teoria normativa da justiça criminal, que trabalhe não só com as questões relativas à sentença, mas também com todos os estágios do procedimento da justiça criminal e com as questões de que tipo de comportamentos devem ser criminalizados. Por isso ressaltam que a teoria do “*deserts*”, ou seja, as teorias retributivistas se aplicam somente à sentença e necessitam de um complemento.¹⁶⁹

ROBINSON traçou um esquema conhecido como “Esquema Híbrido”¹⁷⁰, no qual propõe uma resolução do dilema quando os princípios do “*deserts*” conflitam com o propósito geral da justificação da lei penal e da pena, o que poderia gerar muita discricionariedade acarretando penas abusivas. Ele salienta que o princípio utilitarista, se usado de forma solitária, só vai permitir ou compelir a aplicação da pena de acordo com fatores que não são aceitáveis como (condições familiares, empregabilidade, fatores étnicos etc) e predominariam fatores que são importantes para a maioria das pessoas como a natureza do crime. Por outro lado, se a sentença só for estabelecida no “*deserts*” ela seria ineficiente para o propósito de redução das taxas criminais. Ele estabeleceu um princípio guia “*guiding principle*” no qual ele fixa a quantia da pena de acordo com o cálculo do “*deserts*” e o método de acordo com as preocupações utilitaristas, porque segundo ele as discrepâncias nos sistema utilitaristas advém geralmente das quantias das penas.¹⁷¹

Norval MORRIS escreveu em 1974 a obra “*The Future of Imprisonment. Limiting Retributivism*” no qual objetou as disparidades e os conflitos de propósitos na sentença. Sua proposta é similar a de Robinson, mas entende que os “*constraints*” do “*deserts*” são aceitos para estabelecer limites para a quantia da pena a ser imposta. Ele estabeleceu que a sanção não poderia ultrapassar o teto do merecimento: “Nenhuma sanção pode ultrapassar o que é merecido para o último

¹⁶⁹ HUDSON. **Understanding...**,op.,cit., p.57.

¹⁷⁰ “Robinson’s hybrid scheme”. HUDSON. **Understanding ...**,op.,cit., p.58.

¹⁷¹ HUDSON. **Understanding ...**,op.,cit., p.59.

crime cometido ou o conjunto de crimes cometidos”.¹⁷² Porém o “*desert*” é somente um princípio limitador e não um princípio definidor. Os propósitos gerais da pena, segundo ele são utilitaristas, mas a perseguição de um propósito deve ser limitado segundo o que se entende por uma punição razoável.¹⁷³ A faixa admissível entre um mínimo e um máximo é mais ampla, diferente dos retributivistas, e para vários níveis de ofensas. Nesse caso ele prefere o princípio da parcimônia que o da igualdade. Ele objetivava os benefícios da redução do crime a ser obtida com a mínima dor da pena.¹⁷⁴ HUDSON sustenta entretanto que se MORRIS vai considerar o propósito de prevenção do crime dentro de seu limite, então a sua sentença máxima disponível necessitará conter penas altas e ele não exclui as possibilidades de incapacitação física, intimidação para evitar a reincidência e incapacitação de ofensores em potencial.¹⁷⁵ FRASE igualmente, destaca para a permissão de MORRIS de um aumento da severidade pela reincidência, que parece endossar aumentos nas penas acima dos níveis máximos do retributivismo.¹⁷⁶

Entretanto, nem MORRIS e nem ROBINSON forneceram um guia para escolha do propósito social legítimo, e admitem a intimidação e a incapacitação como propósitos legítimos, o que pode gerar níveis de insegurança na determinação da pena.

Nigel WALKER escreveu a obra “*Why Punish*” entre outras. Ele relembra um caso na da Suprema Corte de Vitória na Austrália. Por essa experiência a verificação da pena se dá no sentido de que, se nenhuma redução dos efeitos do crime é sentida, então se aplica a simples proporcionalidade. HUDSON aponta que a prevenção é sem dúvida o melhor propósito de todo intento utilitarista, e por isso um sistema assim poderia atingir níveis altos de austeridade. Ela relembra, por

¹⁷² “*No sanction should be imposed greater than that what is ‘deserved’ for the last crime, or series of crimes* FRASE. Richard. **In Limiting Retributivism. The Consensus Model of Criminal Punishment.** Research Paper n.o. 03-7 University of Minnesota. Law School. 2003. pdf. p.5.

¹⁷³ HUDSON. **Understanding...**,op.cit., p.59.

¹⁷⁴ HUDSON. **Understanding...**,op.cit., p.60.

¹⁷⁵ HUDSON. **Understanding...**,op.cit., p.61.

¹⁷⁶ FRASE. Richard. **In Limiting...**, op.,cit.p.8.

exemplo os argumentos lançados no “*Prison Works*” por Michael HOWARD,¹⁷⁷ em que se defendeu uma posição na qual a prisão funciona.¹⁷⁸ É claro, a princípio ela poderia funcionar na prevenção do crime já que ela segrega os possíveis ofensores, tirando-os de circulação. No entanto não é este o propósito que se busca num sistema de justiça criminal.

2.8. CARACTERÍSTICAS DE UMA TEORIA REPUBLICANA DA JUSTIÇA CRIMINAL

A obra conjunta de um criminólogo John BRAITHWAITE e um filósofo político Philip PETTIT:¹⁷⁹ “*Not Just Deserts. - A Republican Theory of Criminal Justice*”, surgiu de necessidade de desenvolver uma teoria republicana da justiça criminal, cujo objetivo foi o de transcender o debate sobre as teorias da pena, com uma teoria compreensiva da justiça criminal, uma teoria dos direitos humanos, reducionista com relação à pena, reconciliada numa teoria política geral, que considera o utilitarismo como insuficiente para os direitos dos ofensores e o retributivismo afeto somente às questões relativas à sentença.¹⁸⁰

A busca de uma teoria metodológica e sistêmica da justiça criminal é o que fará integração daquilo que deva ser feito pela legislação, judiciário e executivo em questões políticas-chave surgidas dentro deste sistema. Um modelo que reflita um conjunto coerente, coeso, perfeito e independente é o que propõe BRAITHWAITE e PETTIT.¹⁸¹

A compreensividade deriva de uma análise investigativa das características e resultados desejáveis nos subsistemas da justiça criminal, que devem ser observados e focalizados e quais deles podem ser descurados. A interconexão dos subsistemas, a legislação, o policiamento, a persecução criminal,

¹⁷⁷ Introduziu o “1993 Criminal Justice Act” na Inglaterra e os recursos para os Centros de Treinamento de Segurança para jovens ofensores.

¹⁷⁸ HUDSON. *Understanding ...*, op.cit., p.61.

¹⁷⁹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.

¹⁸⁰ HUDSON. *Understanding...*, op.cit., p.70

¹⁸¹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.11.

denúncia, julgamento, sentença e execução da pena, devem estar integrados, de forma que a ação de um possa refletir no outro e resultar no todo.¹⁸²

Para que a compreensividade se opere, a teoria vai utilizar dois critérios: um critério retributivista ou deontológico e outro consequencialista ou teleológico. Essas distintas atribuições metodológicas caracterizam um sistema teórico híbrido, que combina “*constraints*” (constrições, deveres) do retributivismo com “*targets*”, (alvos) do utilitarismo.

O “*constraint*” é o valor, o conteúdo ético, deontológico, como não ofender, falar a verdade, o dever de convívio pacífico e o “*target*” é o alvo a ser identificado como a promoção da felicidade ou a promoção da justiça.

Ao “*constraint*” está associada a “*warrant*” (garantia), um tratamento que advém do dever, do “*constraint*”, um direito, uma proteção. A teoria chama estas garantais de “*desert*”, (justo merecimento). Os “*deserts*” podem ser negativos, quando o ofensor merece a punição por ter negligenciado o “*constraint*” e o positivo, quando merece um prêmio.

Se um sistema de justiça criminal adota uma propriedade como um “*constraint*”, ele define um dever, desencadeia um tratamento a ser seguido, a garantia e se o sistema adota uma propriedade como um “*target*”, ele dá uma postura, um objetivo que deverá ser alcançado. O “*constraint*” é diferente do “*target*”, ele não lhe dá posturas, mas serve para atar suas mãos”, como ponderam BRAITHWAITE e PETTIT.¹⁸³

A teoria considera o retributivismo incapaz de prover soluções para um sistema de justiça criminal, já que estaria direcionado somente às questões que envolvem a sentença e não o sistema como um todo.

O retributivismo adota 4 “*constraints*” que são: 1. Ninguém além do culpado pode ser punido; 2. Qualquer considerado culpado de um crime deve ser punido; 3. A pena não deve ser maior que o grau mensurado para a natureza do

¹⁸² BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.18.

¹⁸³ “*Constraint are quite different sorts of things from targets; they do not give you bearings, but serve rather to bind your hands*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.31).

crime e da culpabilidade do agente e 4. A pena não deve ser menor do que o grau mensurado para a natureza do crime e da culpabilidade do agente;¹⁸⁴ O retributivismo negativo apoia os “*constraints*” 1 e 3, o retributivismo positivo apoia os 2 e 4, e o radical avaliza a maioria deles.¹⁸⁵

A teoria vai considerar o retributivismo negativo, ou seja, aquele que adota os “*constraints*” 1 e 3: ninguém além do culpado pode ser punido e a pena não pode ser maior que o grau mensurado para o crime e a culpabilidade do agente. Com efeito, a teoria permitiria que as pessoas consideradas culpadas, suspeitas pudessem não ser punidas e adota igualmente a possibilidade que a pena possa ser menor que o grau mensurado para o crime ou culpabilidade.

Entretanto, o retributivismo por si só é insuficiente para prover resultados e terá que prever um “*target*” que o sistema deva satisfazer como a promoção da justiça, a prevenção do crime e a proteção do “*dominion*”. BRAITHWAITE e PETTIT advertem:

“Eles não oferecem um guia do que deva ser criminalizado, ou policiado, que ofensas deverão ser investigadas ou denunciadas. Podem ter uma teoria da sentença, mas não têm uma teoria compreensiva da justiça criminal.”¹⁸⁶

Este modelo híbrido não acarreta nenhuma surpresa, uma vez que os próprios retributivistas apelam ao consequencialismo afim de racionalizar os seus “*constraints*”, porque explicam que a intimidação é a comunicação do injusto ao ofensor e expressa a denúncia da comunidade restabelecendo o balanço de lucros e perdas, como o proposto por SADURSKI em que a justificação geral da pena é análoga a um método de restauração do equilíbrio do balanço total de lucros e

¹⁸⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.34.

¹⁸⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.34.

¹⁸⁶ “*They do not offer guidance on what is to be criminalized, on what is to be policed, on what offences are to be investigated, or even on what offences are to be prosecuted. They may be the makings of a theory of sentencing, but they are not the stuff of which a comprehensive theory of criminal justice is made.*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.36).

perdas.¹⁸⁷ E em MURPHY para quem punir o indivíduo – restaura o equilíbrio entre lucros e perdas.¹⁸⁸ Concluindo o que Robert NOZICK chama de retributivismo teleológico.¹⁸⁹

O alvo deve ser incontroverso, saciável e estabilizante, assim a teoria vai alocar estes alvos com os “*constraints*” retributivistas negativos vistos acima.¹⁹⁰

Essa compreensividade e consequencialidade do alvo deve se ajustar com facilidade num consenso na comunidade alocando seus principais valores, como o equilíbrio reflexivo de RAWLS,¹⁹¹ que é para a teoria normativa o que é a confirmação empírica é para a teoria positiva. Não que a teoria goze de um equilíbrio reflexivo, mas é possível, dizem, isolar a maioria dos mais importantes *desiderata* em qualquer teoria que seja provável alcançar um equilíbrio reflexivo.

As teorias utilitaristas por si só também não bastariam, pois considera-se por exemplo um caso em que a pena imposta a um inocente, suposto culpado, aumentaria o equilíbrio entre lucros e perdas, mediante a promessa de diminuição do crime na sociedade, pela intimidação. Mas isto será controverso, desestabilizante e insaciável. Não seria “justo”, ou “não seria merecido” para um agente qualquer que mesmo diante da diminuição possível de crimes na sociedade, fosse ele apenado.

Traçadas estas considerações, de fato, nem as teorias retributivistas, com a sua inexplicável graduação de penas e nem as utilitaristas com a sua intimidação, por si só podem fornecer uma solução para o sistema de justiça criminal. Sem um alvo o retributivismo só forneceria resultados para o sistema da sentença e não para

¹⁸⁷ “*the general justification of punishment is analogous to that of regards: it is a method of restoring an overall balance of benefits and burdens.*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.49).

¹⁸⁸ “*that is punishing such individuals – restores the equilibrium of benefits and burdens*”BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.49.

¹⁸⁹ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.50.

¹⁹⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.44-45.

¹⁹¹ RAWLS define um conjunto de juízos que vão se conformando com princípios que combinam com as proposições apuradas e ajustadas na comunidade. A esse estado de coisas ele se refere como equilíbrio reflexivo. É equilíbrio porque os princípios e opiniões coincidem e é reflexivo porque sabem com quais princípios os julgamentos se conformam e conhecem as premissas das quais derivam. RAWLS. John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: 1997. p. 23.

um sistema como um todo, além de causar insensibilidade e aplicar penas imotivadas e sem uma limitação do utilitarismo a pena poderia se tornar excessiva pela “*deterrence*” (intimidação) ou aplicar penas por crimes ainda não cometidos.

2.8.1 ALVOS DA TEORIA

Para a teoria republicana os alvos do sistema passam pelas características da incontroversabilidade, da estabilidade e da saciabilidade, como foi dito.

A promoção do “*dominion*” e a redução da invasão do “*dominion*” são alvos incontroversos, havendo um acordo na comunidade que crimes como homicídio, estupro, assalto, sequestro, assédio, extorsão, roubo e fraude¹⁹² provocam uma invasão ou uma redução no “*dominion*”.

A estabilidade do alvo o liga à segurança, levando os agentes a levar à sério os direitos, pois a comunidade deve concordar com certos direitos legais.¹⁹³ Chegar a um consenso a respeito destes direitos não é uma tarefa fácil, mas existe um consenso sobre que direitos serão alocados, são os direitos básicos, associados com o sistema de justiça criminal, direito de um julgamento justo, direito do inocente de não ser punido, etc. Se o domínio vai ser protegido pela sanção legal então certas liberdades negativas devem certamente ser igualmente protegidas. As liberdades que estes direitos protegem estão entre as que consideramos como básicas. A instabilidade é evidenciada quando os agentes do sistema são motivados pelo alvo, se não coletivamente ao menos individualmente a ferir estes direitos ocasionalmente, não levar os direitos a sério e não dar a eles força moral e legal.

O alvo deve ser também saciável. Por saciabilidade entende-se algo que não é voraz, o sistema não pode ser ilimitado na excessiva punição do culpado. Isto quer dizer que para a promoção do “*dominion*” deve haver um limite, um “basta”. Não se pode ficar punindo indefinidamente, o que aconteceu nos anos setenta, no

¹⁹² BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.69.

¹⁹³ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.71-72.

qual o alvo prevencionista deixou um rastro de exageros nas punições efetivadas. Se o objetivo principal é a punição e o secundário é a “*deterrence*”, ou seja a (intimidação) então apontam que não é dada nenhuma razão pela qual não se deveria pensar em avançar os limites dos direitos individuais. Mas se o objetivo é a promoção do “*dominion*” se teria, de fato, razões para respeito, razões para parar.

Como a punição importa na diminuição do “*dominion*”, ela requer uma justificação positiva, por isso a teoria prevê princípios impedindo que práticas mais intrusivas sejam utilizadas, recomendando alternativas coercitivas mínimas, protegendo o “*dominion*”, possibilitando a reprovação do crime, a reintegração de vítimas e de ofensores.

2.8.2 PRINCÍPIOS DA TEORIA

A teoria adota quatro princípios que buscarão a promoção do “*dominion*”: a parcimônia, o “*checking of power*”, a reprovação e a reintegração.

A parcimônia significa temperança, simplicidade, precaução e sobriedade na decisão. O princípio da parcimônia foi desenvolvido no Século XIV por William de Ockham e utilizado por Norval MORRIS.

Qualquer atividade que envolva a criminalização, a supervisão, investigação, prisão, denúncia, pronúncia é um inquestionável dano ao domínio de alguém, e isto envolve custo. A teoria advoga o entendimento de que “menos é melhor”, apoiando o decrementalismo no sistema de justiça criminal.

Uma combinação de processos informais com a necessidade de controles formais. A parcimônia visa uma restrição maior que a sociabilidade como característica da teoria, porque se pode se alimentar até haver saciedade, mas para a sobrevivência é necessário bem menos que a saciedade, exige somente um mínimo.¹⁹⁴ Neste sentido pelo princípio da parcimônia a teoria permite a adoção de uma pena máxima para o cometimento do delito,

¹⁹⁴WALGRAVE. Lode. **Restorative Justice, self-interest and responsible citizenship**. Portland, Oregon: Willan Publishing. 2008. p. 143.

embora não defenda a adoção de uma pena mínima, deixando ao arbítrio dos juízes a análise de circunstâncias pessoais do ofensor e do crime.

Pelo princípio do “*cheking of power*”, (checagem de poder), a teoria permite que o poder das autoridades deva ser sempre checado. Traz uma limitação a interferências arbitrárias de poderosos e de autoridades¹⁹⁵ para que as pessoas desfrutem da segurança. Inclusive os juízes, promotores e a polícia devem sempre estar sendo submetidos a uma correição por meio de mecanismos de apelações, reclamações e representações, etc. Submeter o trabalho dos envolvidos na máquina estatal à checagens de sua competência e de ética impede, ou pelo menos diminui o desenvolvimento da corrupção institucionalizada porque evita o relaxo, descaso, inaptidão, a prevaricação como se os próprios agentes estatais fossem reprovados ao apresentarem desconformidades com um sistema probó. O descaso e a impunidade diante do trabalho inadequado só fazem aumentar o crime e as falhas no sistema.

O Princípio da Reprovação tem como função assegurar que a criminalidade esteja mais ou menos sujeita à desaprovação da comunidade. A apresentação do crime como uma atitude errada, que cause vergonha e que seja desestimulado na comunidade é de grande importância. Isto visa proporcionar confiança nas instituições que desaprovem o crime. O crime deve ser visto como vergonhoso, impensável e não lucrativo. BRAITHWAITE sublinha, que as sociedades em que a desaprovação é maior são as que têm taxas de crimes mais baixas e as que degradam e humilham têm taxas mais altas. A comunicação da desaprovação do erro deve ser feita numa atmosfera de respeito ao ofensor e provê melhores resultados quando é feita pelas pessoas do círculo íntimo do ofensor, como a sua família.¹⁹⁶

O cidadão deve entender a razão porque está sendo julgado, investigado etc. O sistema deve estar orientado a que a reprovação deva existir e não só a imposição de penas no ofensor. Se a sociedade falhar em mobilizar a desaprovação pelo crime nunca garantirá a liberdade.¹⁹⁷

¹⁹⁵ WALGRAVE. **Restorative...**, op.cit.p. 143.

¹⁹⁶BRAITHWAITE. John. **Crime, Shame and Reintegration.** p.01-06. in <http://www.ciaj-icaj/english/publication/DP1999/braithwaite.pdf> acesso 30.09.09

¹⁹⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.90.

A reprovação é a resposta e o motivo da punição, ou seja, é a resposta que a teoria dá à seguinte indagação: Por que punir?

Uma sociedade, segundo os padrões da teoria, deve seguir os seguintes critérios:

“A boa sociedade, no senso republicano, será forte na reprovação daqueles que violarem a lei penal e forte na reprovação daqueles que utilizarem a liberdade para ultrapassar as restrições legais. Uma sociedade que não pode efetivar a reprovação para proteção da liberdade perderá sua liberdade”¹⁹⁸

O princípio da reintegração busca promover a resolução do conflito entre vítima e ofensor, sendo uma questão de grande importância já que quando não reintegrados os ofensores caem em descrédito na sociedade e são considerados “cidadãos marginalizados”, retornando às atividades criminosas mais experientes e mais organizados. A restauração do “*dominion*” tanto das vítimas quanto dos agentes, é uma prioridade da teoria, o respeito e a valorização da vítima ajudarão na sua reintegração, feito simbolicamente por meio da reprovação do crime e materialmente pela restituição ou pela compensação. O ofensor deve ser levado a pedir perdão e expressar contrição pelo dano e pelo crime¹⁹⁹.

O Estado deve oportunizar o acesso dos detentos à aprendizagem profissional dentro do sistema penitenciário e firmar parcerias com escolas técnicas, com o município, com organizações não governamentais e com igrejas, formando o detento para posterior retorno ao mercado de trabalho, quando essa integração não seja efetivada antes mesmo da saída da prisão.

As chamadas Parcerias Público Privadas, Lei de n.º 11.079/2004 podem ser utilizadas como formas de estabelecer programas do Município, Estado e Federação

¹⁹⁸ “*The good society, in the republican sense, will be strong on reprobation of those who violate the criminal law and strong on reprobation of those who trample on the freedom to deviate in those areas beyond the constraints of the law. A society that cannot organize reprobation to protect freedom will lose its freedom*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.cit.p.90).

¹⁹⁹ São os pilares da justiça restaurativa comungada por vários autores, entre eles Howard Zehr, Braithwaite, Zedner, Dignan etc.

com as penitenciárias firmando convênios para educação, treinamentos, contratos de trabalho por tempo determinado etc.

A atividade laboral ajudará o detento e o egresso a abandonarem a ociosidade e se sentirem mais valorizados, dignos e aceitos pelo círculo social e familiar, além de provocarem um afastamento do antigo grupo de delinquência a que pertenciam.

A restauração de vítimas é um dos principais objetivos da justiça restaurativa, reafirmando o papel da vítima que foi negligenciado pelo padrão retributivista da pena. O efeito reparador restaurativo traz mais resultados do que o retributivista,²⁰⁰ que limitou a vítima a um papel probatório no processo penal. No restaurativismo a vítima é vista sob o aspecto de suas necessidades e também de importância crucial para o processo de restauração do ofensor mediante um processo dialógico.

Estes princípios da parcimônia, do “*checking of power*”, da reprovação e da reintegração são formas interpretativas suplementares no trabalho da instância republicana no desenho do sistema de justiça criminal, segundo a teoria.

2.9 TIPOS DE PENAS DA TEORIA

A primeira questão que surge com relação ao tipo de pena a ser determinada pelos juízes tem a ver com a discricionariedade dada ao poder judiciário. BRAITHWAITE e PETTIT avaliam que a margem de discricionariedade tanto ontológica (com relação à natureza da pena) como axiológica (com relação à intensidade da pena) devem ser resolvidas pelos princípios da parcimônia, reprovação, reintegração e “*checking of power*”.²⁰¹ Ou seja, o judiciário terá certa discricionariedade na escolha das opções que melhor satisfaçam os propósitos da teoria, respeitando o “*dominion*” dos ofensores e das vítimas.

²⁰⁰ZEDNER. Lucia. Victims. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. Third Edition. New York: Oxford University Press. 2002. p. 441.

²⁰¹BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.101.

Na doutrina tradicional as penas são de três tipos: contra a pessoa do agente, contra a propriedade e contra a “*province*” (liberdade). As dirigidas contra a pessoa são penas de morte, punições corporais, mutilações e tortura,²⁰² as contra a propriedade do ofensor incluem multas, restituições e penhoras (arresto de bens) e as penas que se impõem contra a “*province*” são aprisionamento, e o serviço comunitário.

Há uma proibição na teoria de aplicação de penas contra a pessoa, pois ferem o “*dominion*” dos ofensores. As penas deverão ser em sua maioria contra a propriedade do ofensor (multas, restituições, penhoras), com criação de fundos para pagamentos de indenização às vítimas ou familiares. Penas de prestação de serviço à comunidade deverão ser largamente utilizadas. A teoria permite a pena de prisão, somente para ofensores perigosos, como um último recurso.

A proibição de ultrapassagem do máximo e a liberação de ultrapassagem de um mínimo nas penas concretas a serem aplicadas, o que é defendido pela teoria decorrentes do princípio da parcimônia. Os juízes devem levar em conta as circunstâncias particulares do crime e do ofensor, porque o “*dominion*” é melhor estabelecido quando a clemência é demonstrada, segundo os autores.²⁰³ Esta é a posição defendida por Salo de CARVALHO e AMILTON.

A teoria não aconselha penas pecuniárias para ofensores pobres e para crimes graves. As penas dirigidas a ofensores com menos recursos seriam as prestações de serviço à comunidade.

A utilização de penas de prestação de serviço comunitário para os ofensores pobres, que não puderem arcar com penas pecuniárias é uma questão bastante delicada, pois o ofensor de classe média e alta teria bastante facilidade em se livrar da prestação de serviço, por meio do pagamento de multas, enquanto o pobre teria que arcar com uma dupla jornada de trabalho.

Outra posição é adotada pela teoria com relação aos crimes corporativos e os crimes de colarinho branco, que sugere a aplicação de penas administrativas,

²⁰² BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p. 102.

²⁰³ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p. 102.

porque entendem que o indiciamento não surte resultados positivos para esse tipo de crime, que os esforços policiais são mínimos ou inexistentes, que as vítimas seriam mais bem amparadas nas agências reguladoras e quando os próprios órgãos públicos negociam. BRAITHWAITE e PETTIT alegam que o uso excessivo da punição poderia gerar uma cultura de resistência legal, dessa forma, técnicas não punitivas de moralização e persuasão trariam maior efetividade.²⁰⁴

O volume desses crimes é muito maior do que se pensa. As maiores corporações infringem as leis de forma reiterada, mesmo por crimes de grande gravidade, apontam BRAITHWAITE e PETTIT.²⁰⁵ Excluindo dos registros os crimes sem vítimas e os de trânsito, o volume do “*white-collar*” é maior que os “*blue-collar crimes*”.²⁰⁶ Em Queensland, foram encontradas 1/3 de alterações de velocímetros nas amostragens de revendedores automotivas.²⁰⁷ Porém não constam denúncias no mesmo ano do estudo, nem no anterior e nem no subsequente. Um total de 25% dos farmacêuticos são apontados por QUINNEY, em Albany, e em New York, violando leis de prescrições.²⁰⁸ Bombas de combustível adulteradas são outros crimes cometidos (15 a 32%), os “*short measures petrol to motorists*”,²⁰⁹ sendo que não houve denúncia em 12 anos.²¹⁰ A questão não é distinta em crimes de corrupções e fraudes, pois BRAITHWAITE aponta que 90% das companhias americanas foram processadas por “*foreign bribes*” (subornos) pela *Securities and Exchange Commission*.²¹¹

Aqueles que envolvem as agências reguladoras como os contra o meio ambiente, saúde, segurança e medicina do trabalho, consumidor, de proteção do mercado muitas vezes nem chegam a ser denunciados porque os agentes públicos

²⁰⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.146.

²⁰⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.184.

²⁰⁶ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.184.

²⁰⁷ Fraudes dos velocímetros.

²⁰⁸ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.184.

²⁰⁹ Sunday Telegraph, 3 Feb: 1980 Apud. Idem op.cit.p. 185.

²¹⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.185.

²¹¹ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.185.

entendem que somente os dolosos merecem um processo judicial, esclarecem BRAITHWAITE e PETTIT²¹².

As dificuldades e complexidades no processo probatório, as habilidades técnicas dos ofensores, que possuem recursos e influência para resistirem aos processos judiciais, fazendo recair as ações sobre seus subordinados, os favorecem.²¹³ Por estas razões BRAITHWAITE e PETTIT dizem que não participam da malha judicial e legal, apesar do crescente número e dos danos gerados, inclusive no sistema político e econômico. Sendo assim, o retributivismo não tem respostas para os crimes de colarinho branco.²¹⁴

BRAITHWAITE e PETTIT salientam que existe uma cultura da resistência: (contratação de grandes escritórios de advocacia, grande número de contestações, apelações e os mais infundáveis recursos), o que acaba possibilitando um acordo com as agências.²¹⁵

Assim, ressaltam que o problema é melhor trabalhado quando o governo executa um papel diagnóstico e catalisador, punindo menos, utilizando métodos não litigiosos, ameaças, uso de punições administrativas tais como publicidade adversa, revogação de licenças, alvarás, comunicação direta aos consumidores, advertências, pressões nos fornecedores, nas instituições que financiam essas atividades etc.

Entretanto, esta posição é contestável, pois traz mais insegurança do que a situação existente. Se os crimes corporativos e os crimes de colarinho branco contam com facilidades e favorecimentos para escapar das malhas judiciais, afrouxar as regras descriminalizando as condutas para ficarem restritas à punições administrativas não garantirá que o governo aplique essas sanções. A tendência é que as práticas se tornem mais comuns e ainda mais graves. Além do mais, se os agentes públicos tendem a desconsiderar as condutas quando culposas, a descriminalização abrandará ainda mais a rede de controle e combate, partindo do próprio funcionalismo.

²¹² BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 189.

²¹³ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 190. Trad. Livre. Onde o merecimento é menor a punição é maior.

²¹⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 189.

²¹⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 192.

As dificuldades e complexidades no indiciamento e na denúncia não podem ser pretextos para banalizar tais condutas. O contrário é que deve ser operado. Quando se tratar de crimes de grande gravidade ou com grande número de vítimas, necessitam de uma polícia proativa, capacitada para colher evidências, e que não conte com orçamento limitado.

No trabalho de MORHIBER, os crimes corporativos merecem duras punições, mais do que os crimes comuns. Ele prevê sanções contra as condutas e sanções contra as empresas, destacando 50 itens que objetivam a diminuição dos crimes, dentre os quais alguns de grande importância: o dever de relatar condutas perigosas às autoridades, a criação de delitos de homicídios federais, a criação de bancos de dados, a criação da culpa empresarial, aumento de verbas e pessoal para o Ministério Público e para a polícia, a criação de conselhos de vigilância comunitária, criação de um rede para crimes internacionais, diminuição dos abusos em acordos administrativos, punir mais severamente, a exigência de notificação das vítimas, proibição dos funcionários condenados de ocuparem cargos similares, etc.²¹⁶

2.10. SUPERVISÃO POLICIAL

A teoria defende que a polícia deveria equilibrar a proteção do “*dominion*”, com o custo do “*dominion*” daqueles capturados na malha de controle policial ostensivo, advertem os autores BRAITHWAITE e PETTIT.²¹⁷ A parcimônia aconselha que deveriam ser prudentes na adoção dos meios de escolha da supervisão, pois o processo de coleta de informações e abordagem vai além do suspeito, invadindo a privacidade de pessoas alheias ao processo.²¹⁸

²¹⁶MORHIBER. Russel. **Crimes Corporativos. O poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública.** Trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta. Página Aberta Ltda. 1995. p. 40-64.

²¹⁷BRAITHWAITE e PETTIT.**Not Just Deserts...**, op.,cit.p.109.

²¹⁸BRAITHWAITE e PETTIT.**Not Just Deserts...**, op.,cit.p.109.

Os autores não se surpreendem que as estratégias de patrulhamento não apontem diferenças nas taxas criminais, mas deveria haver uma redução de abordagens mais intrusivas. Novas tecnologias, apesar de surpreendentes e eficientes, tais como “grampos telefônicos”, “câmeras ocultas”, “bisbilhoteiros eletrônicos”, “prismas periscópicos”, “braceletes eletrônicos”, “detectores de mentira”, “pó espião”²¹⁹ e etc, ressaltam BRAITHWAITE e PETTIT podem ferir os direitos à privacidade e a intimidade das pessoas.

No Brasil, um avião a controle remoto sem piloto, capacitado para sobrevoar áreas de fronteiras objetivando a investigação e mapeamento de áreas vitimizadas por crimes ambientais e cobertura de tráfico de entorpecentes está sendo utilizado. Os “disque-denúncias” e implementação de campanhas públicas para encorajar o povo a relatar e denunciar possíveis suspeitos, enumeram os autores são técnicas eficazes mas devem ser utilizadas com prudência para evitar os riscos aos direitos constitucionais. Mas estas técnicas têm sido apontadas como técnicas de controle e sujeição por muitos autores, entre eles Gary MARX²²⁰ sobre FOCAULT que este último denominou de “tecnologia sutil de sujeição calculada do Estado moderno”²²¹.

A colocação de “*biochip*” para monitoramento de presidiários e detentos, supervisão via satélite, do tipo GPS e etc já vem sendo feita ferindo os direitos de

²¹⁹ Composto químico para rastreamento de atividades de determinados funcionários.

²²⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.110.

²²¹ FOCAULT. Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Ed Vozes. 11.a ed. 1994. p.220-221.

intimidade, privacidade e até o direito de ir e vir, que deve ser trabalhado dentro do contexto da hierarquia de bens constitucionais.

Diante desta incursão, os autores salientam que o princípio em favor do “*checking of power*” prevê a limitação do orçamento para certas práticas e indicam um nivelamento dos tipos de técnicas intrusivas do “*dominion*”, como baixas, médias e altas.²²²

A teoria sustenta a criação de comitês de direitos humanos ou organismos de controle social, com autonomia para trabalhar as representações e ocorrências dos cidadãos vítimas das ofensas aos direitos humanos.²²³

A polícia japonesa, informam, de acordo com David H. BAYLEY,²²⁴ está mais focalizada na prevenção do crime que na sua contenção. Com um sistema de controle social informal nas famílias, nas empresas, entre os empregadores. Isto se assemelha com a presunção em favor da reprovação e da reintegração.²²⁵

Registre-se inclusive que o Japão está entre os países desenvolvidos com menores taxas criminais relativamente a outros países desenvolvidos. O que se deve a uma maior proximidade e intercâmbio com os cidadãos, a manutenção de quiosques denominados “koban”, com curta distância entre um e outro. Cada quiosque controla e gerencia mais ou menos doze mil residentes e o número pode ser calculado com base nos registros criminais ou de acidentes de trânsito.²²⁶ Um maior destaque a este assunto será dado adiante.

A participação ativa da cidadania, interagindo com a polícia e com programas na comunidade, buscando alternativas que conciliem os problemas com

²²² BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.110.

²²³ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.111. Trad. Livre. Uma polícia bem treinada desempenha um ótimo serviço confortando vítimas, mobilizando ajuda paramédica, e providenciando apoio em questões como as de segurança.

²²⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.111.

²²⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.111

²²⁶ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. **Perfil Social do Crime...**, op.,cit.p.97.

as pessoas envolvidas na localidade, vai possibilitar que soluções satisfatórias previnam as práticas criminosas.²²⁷

A supervisão policial de cunho comunitário é destacado como um potente meio de prevenção e de redução do crime. Neste sentido Ken PEASE defende que alterações em fatores estruturais, mentais e circunstanciais podem reduzir e até evitar o cometimento do delito. Baseados em vários estudos da teoria da atividade de rotina criminal de Felson e Clarck, na teoria da prevenção de Brating-ham e Faust, mas principalmente de Marcus Felson, na qual há sempre um ofensor, uma situação planejada, um alvo atrativo, ambiente favorável e ausência de prevenção. A falta de prevenção pode determinar o prosseguimento da ação delituosa, por exemplo: um furto de veículo frustrado pelo dispositivo corta combustível, a violência à criança não realizada pela presença de um adulto de confiança a cuidá-la. PEASE destaca as dezesseis técnicas de prevenção primária de Clarck e Homel dificultando o alvo e de intervenção física. A maioria, entretanto implica em métodos sociais direta e indiretamente, preocupados com todas as circunstâncias do crime e sua manipulação. Contempla-se entre as técnicas promover a dificuldade do alvo, controles de acesso, desvio geográfico de ofensores, controle dos meios, mapeamento de entradas e saídas, supervisão formal, natural e de funcionários, remoção de alvos, identificação dos proprietários, reparação de áreas recém danificadas (que é a teoria das janelas quebradas), estabelecimento de regras e acordos, estímulos ao não cometimento de delitos com campanhas e placas, controle legal e facilitando o cumprimento de acordos.²²⁸

Muitas dessas técnicas podem ser desenvolvidas pelas possíveis vítimas, pela comunidade, mas especialmente por uma polícia comunitária após identificação de locais, vítimas e de alvos. Se faz necessária uma interação da comunidade com a polícia, em parceria com escolas, clubes, comissões de direitos humanos, associações de moradores etc. Essa interação pode oportunizar empregos,

²²⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.112.

²²⁸ PEASE. Ken. Crime Reduction. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. New York: Oxford University Press. 2002. p. 948, 952-953.

incentivar a escolaridade. A proximidade geográfica pode facilitar a resolução de conflitos, prestar socorros aos necessitados, favorecer famílias auxiliando na inserção do mercado de trabalho etc.

Escolas podem ser dirigidas para programas de educação, envolvendo a comunidade, em regiões com maior número de conflitos e de crimes. No Brasil programas desta natureza já vem sendo desenvolvidos, como é o caso do “Bola Cheia” em Curitiba que envolve a comunidade local e os alunos em escolinhas de futebol, aulas de informática, dança etc. Os cursos são ministrados no próprio espaço da escola com horário diferenciado.²²⁹ Os programas têm reduzido a criminalidade e oportunizado a reintegração dos jovens e adolescentes na comunidade, fornecendo inserção em programas de emprego e retorno à escola.

2.11. SELEÇÃO DE FATOS PARA INVESTIGAÇÃO E DENÚNCIA

A teoria advoga que os esforços para investigação dos suspeitos, por ser comumente um processo reativo deve obedecer ao critério de seriedade do crime e qualidade das provas quando da utilização de uma polícia reativa.

A polícia proativa seria necessária, segundo a teoria para os crimes que exigem execução mais elaborada, principalmente crimes corporativos, financeiros, corrupção, fraudes e ambientais, já que nesses casos se faz necessário um aparato nos bastidores (investigação mais acurada, utilização de tecnologia avançada, tempo de preparação e espera etc). Aqui a presunção em favor do “*checking of power*” pode reclamar que a polícia tenha um mandado judicial e mesmo assim pautar para que os direitos constitucionais não sejam violados.²³⁰

²²⁹Os horários e os espaços utilizados coincidem com dados estatísticos levantados, os locais são os locais e horários de maior abrangência do crime. Os programas prescindem que os participantes sejam alunos das escolas. São envolvidos Ongs e entidades religiosas que dão suporte ao programa. Dados fornecidos pela Secretaria Antidrogas de Curitiba –PR. <http://www.antidrogas.curitiba.pr.gov.br/bolacheia.html>

²³⁰BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.113.

BRAITHWAITE e PETTIT demonstram que o ponto de partida para procedimentos investigativos são os ofensores perigosos,²³¹ pelos seguintes critérios: critério temporal (ações cometidas por duas vezes em três anos), o critério da seriedade do crime (cometidos duas vezes por crimes violentos) e o critério da especialidade (crimes cometidos contra o patrimônio).

Defende a não denúncia diante da dúvida. Os casos menos graves obedecerão ao princípio da parcimônia, os casos graves deverão ser denunciados, resultantes de seriedade e qualidade de provas prevendo a não denúncia dos crimes de menor potencial ofensivo. BRAITHWAITE e PETTIT não esclarecem com rigor como se daria na prática este nivelamento entre crimes de maior potencial e menor potencial, embora, como visto acima tenham uma preocupação em demonstrar o que seria entendido como seriedade da ofensa e periculosidade do ofensor.

Entretanto, objetivando dar um suporte normativo e metodológico à implementação de uma justiça restaurativa, não pode ser exigível da teoria republicana a especificação detalhada e uma classificação que dependerá mesmo de um aparato democrático e republicano. Ainda assim, tanto BRAITHWAITE quanto DIGNAN respondem a estas questões no terreno particular da justiça restaurativa.

Tanto um quanto outro esquematizam uma pirâmide em que a maioria das ofensas, classificadas como de menor potencial ofensivo estariam sujeitas a procedimentos deliberativos voluntários. A diferença entre as pirâmides, conforme o destacado por WALGRAVE é que enquanto BRAITHWAITE prevê falhas no processo restaurativo, com ofensores recalcitrantes e reincidentes, reservado um tratamento incapacitatório no topo da pirâmide, em que ele abandona o restaurativismo em prol desses procedimentos punitivos e intimidativos tradicionais. DIGNAN propõe a manutenção do restaurativismo inclusive para os reincidentes, reservando um espaço intermediário para sanções judiciais e uma pequena área para punições restaurativas presumidas. WALGRAVE se inclina ao posicionamento de DIGNAN porque o modelo de BRAITHWAITE conduziria,

²³¹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.113.

segundo ele, indubitavelmente a um caminho bifurcado, gerando consequências éticas e instrumentais e certa insegurança teórica no abandono da nova teoria.²³²

Da mesma forma, seguindo o modelo da teoria republicana, os espaços não são inflexíveis, admitindo o tratamento de um ofensor num nível mais alto da pirâmide se necessário e reduzindo o nível se possível, sempre obedecendo ao princípio de proteção do “*dominion*” e o da parcimônia.

A reprovação e reintegração, para a teoria republicana conduzem a favorecer a restituição como forma de punição, as punições administrativas são uma forma efetiva de comunicação do dano e funcionam para crimes corporativos.²³³

A prestação de serviços à comunidade é uma forma bastante expressiva. As sanções que expõem os ofensores à comunidade têm efeitos morais pedagógicos e reintegrativos, mais do que segregá-los nas prisões.²³⁴

O culto às funções pedagógicas da pena implica num grau de criatividade do julgador, o que causa perplexidade para os retributivistas que querem uma proporcionalidade métrica em que iguais condutas requerem penas iguais. Mas uma pena de cinco meses pode ser perfeitamente leve para uma pessoa e extremamente dura para outra. De qualquer forma, registram, a lei criminal deveria dar um guia moral à comunidade, significando severidade relativa de diferentes crimes com sanções de severidade diferente. Em se tratando do papel do magistrado, tem uma função pedagógica, a seriedade do crime deve estar embutida na sentença, do contrário a população não entenderá que se trata de um crime sério, além disto, a população deve saber a razão da pena²³⁵.

A teoria dá prioridade às funções pedagógicas da pena e em circunstâncias excepcionais na incapacitação. Não aprova a reabilitação forçada,²³⁶ e o judiciário deve considerar fatores tais como: escolaridade do ofensor, a comunidade em que vive e a reintegração de ambos vítima e réu.

²³² WALGRAVE. **Restorative...**, op.cit. 152.

²³³ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.127.

²³⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.127.

²³⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.128.

²³⁶ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.128.

Diante da necessidade da prisão, a teoria diz que deve vir acompanhada da presunção em favor da parcimônia, e por períodos curtos.²³⁷

2.12. ADMINISTRAÇÃO DAS PENAS NAS PENITENCIÁRIAS

A teoria aprova a larga utilização das *probations* e *paroles*,²³⁸ porque a pena de prisão seria um último recurso. Da mesma forma sempre que possível pode ser substituída por penas alternativas.

A concessão de liberdade para trabalho, para estudo e saída misericordiosa e remissão de penas deveriam ser encorajadas, de forma que os prisioneiros sejam confiados a uma supervisão, que significa reintegração na comunidade e uma forma de testar a confiança e comportamento do detento²³⁹.

Para a teoria a administração das prisões deve pautar pelos princípios da parcimônia, do “*checking of power*” e da reintegração. As penitenciárias devem contar com mecanismos para defesa dos direitos constitucionais como conselhos integrados por membros de grupos radicados em comitês de defesa dos direitos humanos, de forma a maximizar o “*dominion*”, checando as atividades e comportamentos dos agentes penitenciários. Os funcionários das penitenciárias devem preparar os detentos para retorno à sociedade, à comunidade, à família e ao mercado de trabalho²⁴⁰.

²³⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p. 129-30.

²³⁸ A “Probation” no direito norte americano é semelhante à suspensão do processo, art. 89 da Lei 9.099/95. Uma substituição de pena anterior à sentença de mérito, ou concedida na própria sentença, sob determinadas condições, que se não cumpridas acarretam a perda do direito concedido. A “Parole” é uma substituição da pena de prisão depois da sentença, quando o condenado já está cumprindo, é a liberdade condicional, efetivada pelo Patronato Penitenciário e também admite certas condições que se não cumpridas o condenado perde o direito e pode retornar à penitenciária.

²³⁹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p. 132.

²⁴⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op., cit. p. 132.

Instituições de corregedoria e auditoria são imprescindíveis para fiscalização das práticas nos presídios, de forma a acatar as reclamações, queixas e responsabilizar os administradores dos presídios.²⁴¹

A teoria não aprova a reabilitação forçada e a prestação de serviços deve ser disponibilizada aos detentos. As autoridades penitenciárias ou policiais devem utilizar os recursos de forma equilibrada sem ferir os direitos dos detentos.

O Regime Disciplinar Diferenciado, entre nós, instituído pela Lei de n.º10.792/2003 estabeleceu a possibilidade de manter o detento até 360 dias isolado em prisão celular, podendo somente receber visitas familiares e tomar sol. O objetivo da lei foi o de separar os líderes de facções criminosas de dentro dos presídios e dificultar as ações de detentos que comandam facções como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital. A lei parece padecer de inconstitucionalidade não por vício de forma, mas porque afronta os princípios da individualização das penas, proibição de penas cruéis e a proibição de tratamentos desumanos e degradantes de nossa Constituição.

Outra questão que entre nós tem suscitado dúvidas e beirado à inconstitucionalidade é o projeto de lei que quer alterar o art. 2.o. da Lei de n.º 11.464/2007 que permitiu que os sentenciados por crime hediondo, depois de anos padecendo inconstitucionalidade por força da Lei de Crimes Hediondos, que havia determinado o cumprimento integral da pena em regime fechado, afinal por decisão do Supremo Tribunal Federal permitiu a progressão de regime. O projeto tem tido a aprovação da mídia com o seguinte argumento: “que a proteção da sociedade deve prevalecer sobre o direito do preso”. A mídia tem utilizado notícias de fugas isoladas de “famosos traficantes” do semi-aberto para ganhar a aprovação do telespectador e novamente influenciar o impedimento do direito à progressão de regimes.

Nos presídios estaduais, que são a imensa maioria e que detém o maior número de presos, os direitos são nomeados pelos governadores dos Estados, portanto cargos em comissão. Normalmente esses cargos não são ocupados por

²⁴¹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.131.

peças experientes no sistema penitenciário e capacitados para administração penitenciária. Notadamente, são os ocupantes destes cargos que vão determinar e oportunizar a abertura das penitenciárias para parcerias, programas, projetos sócio-educativos para os detentos, principalmente os do semi-aberto e do fechado. Um dos maiores problemas enfrentados pelo sistema penitenciário que impede a ressocialização do preso é a ociosidade. É evidente que o preso não pode ser forçado ao trabalho, mas pode ser incentivado e premiado pela atividade laborativa. Dessa forma uma diretoria treinada e experiente no sistema carcerário especificamente é de grande importância na medida em que o sistema precisa funcionar com aptidão e técnicas, programas e projetos para ressocialização sejam implementados.

Outro problema a ser enfrentado é que no estado do Paraná em cidades como Foz do Iguaçu não há sistema carcerário apropriado para o regime semi-aberto, e os condenados ao semi-aberto são postos em liberdade domiciliar porque também não há casas de albergado. Isto constitui uma afronta ao princípio da isonomia, já que os condenados em outras regiões como Curitiba e Região Metropolitana são submetidos às Colônias Penais Agrícolas, enquanto condenados pelos mesmos crimes são postos “em total liberdade”, porque também não existe monitoramento e vigilância.

A falta de estrutura, de equipamentos, de pessoal e a superlotação dos presídios só poderá ser resolvida diante de uma mudança de paradigma já que o preso e o sistema penitenciário não são vistos com qualquer tipo de prioridade pelas autoridades e pela sociedade, mas como uma última tarefa a ser desempenhada.

Muitos dos detentos que já cumpriram os seus “1/6” da pena, ou mesmo os seus “2/3” permanecem nos presídios por falta de defensores públicos, considerando que o Juízo não pode por em liberdade de ofício, havendo a necessidade do pedido e do parecer do Ministério Público, agravado o dilema pela lentidão do processo nas Varas de Execuções Penais. Se o sistema reagisse com mais velocidade, certamente novas vagas seriam abertas impedindo que novos detentos permanecessem nas cadeias públicas, aumentando o sofrimento do preso.

2.13. FUNDAMENTO DA PENA PARA A TEORIA

A teoria diz que o fundamento da pena é o reprovacionismo. Neste sentido BRAITHWAITE e PETTIT concordam com a seguinte intuição: que é certo infringir sofrimento de forma intencional no criminoso porque é errado ele ter infringido sofrimento intencional em outro ser humano. A intuição que é certo denunciar criminosos não entraria em conflito com a intuição a respeito do erro de criticar outros.²⁴²

Os retributivistas explicam o (por que punir) basicamente de quatro formas: 1.o. para denunciar um crime; 2.o. para recompor o balanço entre lucros (vantagens do crime) e perdas (desvantagens do crime); 3.o. para restaurar o *status quo* ferido com o crime e 4.o. para trazer uma denúncia enfática à comunidade do crime. Sendo que a posição dominante é a do balanço entre lucros e perdas: restabelece o equilíbrio entre lucros e perdas, porque a punição é uma desvantagem pela vantagem da ofensa, havendo assim um “*self-restraint*”, (auto restrição) que é o peso e uma irrestrita liberdade que é o benefício, o lucro.²⁴³

Ao analisar essas respostas retributivistas, HUDSON considera que há dois dilemas com os retributivistas. A determinação do grau de seriedade da ofensa e como se chegar na decisão sobre qual é a severidade da pena. Para ela o retributivismo oferece mais segurança na proteção da punição do inocente que o utilitarismo (nas sentenças baseadas em probabilidade de delinquência e arbítrios em favor da classe, gênero e raça). Entretanto, o retributivismo é vago para

²⁴² BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.161.

²⁴³ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.158.

responder (quem deveria ser punido), (como deveriam ser punidos) e (por que os ofensores deveriam ser punidos).²⁴⁴

Existe certa confusão entre os retributivistas, se suas teorias contém explicações baseadas no princípio da distribuição²⁴⁵, na justificação geral, ou ambos.

Para os da justificação, DUFF e Von HIRSCH, pronunciar uma sentença é denunciar um crime, fazer uma afirmação pública da sua reprovação, em que o grau de severidade determina o grau de reprovação. A censura é a característica central e a principal função da pena. A objeção a este posicionamento doutrinário vem de HUDSON, pois problema é que se a censura é o pronunciamento da pena pelo juiz em vez do que é experimentado pelo ofensor, como os retributivistas chegam no próximo passo que é a execução das penas? Embora alguns, como FEINBERG, façam uma distinção, entre (desaprovação) o aspecto da censura da pena e o (tratamento rígido) as dores e privações que são o modo pelo qual esta censura é liberada, o problema ainda assim não é resolvido. Outros autores como FINNIS e MURPHY alegam ser a pena necessária para recompor o balanço entre a vantagem social e a desvantagem, o que chamam de “*benefits and burdens*”, entre (lucros e perdas) e que a pena seria assim necessária para remoção da vantagem injusta²⁴⁶ trazida com o crime.²⁴⁷ Para HEGEL, a pena serve para restaurar o *status quo* ferido com o crime, como foi visto no primeiro capítulo.

Tais proposições metodológicas derivam do pensamento político de RAWLS para os ingleses e norte-americanos com a teoria da obrigação política, uma versão moderna do contrato social, que vê as vantagens que as pessoas teriam em engajar numa cooperação social e as regras que criariam para a regulação da vida em sociedade.

²⁴⁴ HUDSON. **Understanding ...**, op.,cit.p.46.

²⁴⁵ Os mais recentes na década de 90 se referem à retribuição como base da distribuição da pena. (HUDSON. **Understanding ...**, op.,cit.p.47).

²⁴⁶ A propriedade roubada pelo ladrão, a liberação da malícia ou tensão em ações violentas, o transporte ou excitação por roubar um carro. (HUDSON. **Understanding ...**, op.,cit.p.47).

²⁴⁷ HUDSON. **Understanding ...**, op.,cit.p.47.

Essas teorias, de fato, não conseguem explicar por que punir, e discorrendo sobre a posição dominante do por que punir, BRAITHWAITE e PETTIT se questionam se a auto-restrição, o “*self restraint*” do retributivismo é um peso para quem cumpre a lei também? Ou seja, será que se carrega um peso em não cometer nenhum crime? Se teria atração e interesse em cometer um assassinato, e o peso seria um inconveniente?

Herbert MORRIS no seu “*Paternalist Theory of Punishment*”, 1981 diz: “longe da punição ser um peso, ela se torna um lucro: a punição ajuda o ofensor a compreender o mal envolvido no crime ambos para outrem e para ele mesmo”²⁴⁸ Na sociedade, a restauração de lucros e perdas não é tão simples, com a punição de um miserável restaurando o equilíbrio é diferente da restauração do equilíbrio de um milionário. Anatole FRANCE aponta: “A lei em sua majestosa igualdade proíbe tanto o rico quanto o pobre de dormir embaixo das pontes, de mendigar nas ruas e furtar pão”.²⁴⁹ Existem pesos diferentes, decorrentes da distinção das classes, raças e gêneros. O que é abusivo para uma pessoa pode não ser para outra, ou o contrário.²⁵⁰

A velha noção de pena hegeliana como anulação do erro do crime, dessa forma não pode prosperar, já que punição não anula o ato, mas pode anular a falsa evidência aparentemente criada pelo fato de que vítima e ofensor são iguais em valores.²⁵¹

Sem êxito também é o quarto argumento que os modernos retributivistas deram como noções de equilíbrio e anulação, em favor da reprovação ou denúncia justificando a punição, como a denúncia enfática pela comunidade, que DENNING ressalta: “a última justificação de qualquer pena não é a prevenção, mas a denúncia enfática feita pela comunidade a respeito do crime”²⁵², ou seja, a comunidade ficaria afirmando que tal fato é crime. Na verdade, este argumento é

²⁴⁸ BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.158.

²⁴⁹ “*The law in its majestic equality forbids the rich as well as the poor to sleep under bridges, to beg in the street and to steal bread.*” (BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.159).

²⁵⁰ BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.159.

²⁵¹ BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.160.

²⁵² BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.160.

mais consensualista que retributivista, já que a pena estaria reduzida a uma intimidação geral ou especial.

O próprio retributivista Von HIRSCH aponta que a reprovação da conduta criminal é um bem “nela mesmo”, independente de qualquer consequência boa que possa advir dela.²⁵³ É o imperativo categórico de KANT. Porém da perspectiva dos retributivistas não haverá apoio do tipo de punição invocada pelos retributivistas, ou seja, a pena de prisão. Mas a teoria suporta o aprisionamento como uma punição de último recurso mais para proteção da sociedade do ofensor perigoso, do que para propósitos reprovativos.²⁵⁴

Para a teoria republicana a reprovação pode ser dar de várias formas, pela repercussão do crime na sociedade, na mídia, o abalo do crédito, da família e dos amigos, não necessariamente pela prisão, pela sentença.²⁵⁵

Além do mais, a teoria considera que a prisão do ofensor pode se associar com uma erosão da reprovação. Cerca de 85% dos acusados por crimes sérios, os “*felony*” na Califórnia, condenados pelos mesmos crimes, apenas 10% são conduzidos a um júri, apontam BRAITHWAITE e PETTIT, segundo dados fornecidos por ROSSET e CRESSEY.²⁵⁶ A maioria não sofre o impacto da solenidade formal de um julgamento, não são desaprovados pelo povo presente à sessão do júri. A decisão do destino é feita entre os promotores e defesa, de forma tecnocrata, silenciosa.

O curto aparecimento quase sempre nem é percebido, a comunidade envolvida geralmente nem tem a possibilidade de reprovar a conduta, tornando clara a norma violada, mas a denúncia é algo que ocorre na comunidade, é ela que leva ao conhecimento, de onde se origina. Na verdade, o trabalho da corte não tem nada a ver com reprovação, o Estado tirou das mãos da vítima o conflito, privando-a dos efeitos pedagógicos da pena. Um trabalho administrativo, institucional, como se

²⁵³ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.160.

²⁵⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.161.

²⁵⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.161.

²⁵⁶ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.,cit.p.162.

trabalhassem com números, distantes, afastados, o poder solene do julgamento foi perdido, e precisa ser resgatado.

Os autores apontam que quando a comunidade acredita que a justiça é para especializados, há ainda o risco de negligenciarem a sua obrigação como delatores dos fatos criminosos.²⁵⁷ BRAITHWAITE insiste que se deve explorar mais o poder de reprovação mudando do controle social punitivo para controle social moralizante.²⁵⁸ Deveria ser uma política pulverizada na comunidade, mover os casos do sistema da justiça para arenas informais de controle social denunciatório, de forma a responder à questão por que punir, fazendo uma aproximação do ofensor com os valores que ele destruiu com a ofensa, o que ele desconectou na sociedade, sustentam. O ofensor tem que ter entendimento do porquê ele está sendo punido, para que haja uma justificação, diz TEN.²⁵⁹

Há variáveis na reprovação, se há ou não prisão, condenação, cobertura da imprensa, se o júri impressiona os telespectadores e etc. A correlação entre a duração da prisão e a reprovação será curta. Se a duração da prisão não traz variação nenhuma para a reprovação, então a tentativa de garantia da reprovação colocando o condenado por meses na prisão é cruelmente uma quantificação deslocada.²⁶⁰

A teoria quer demonstrar que o retributivismo intrínseco não é atraente, porque a punição deve ser seguida de uma justificação, uma razão, deve estar reconciliada com a assertiva de que é errado infringir sofrimento intencional. BRAITHWAITE e PETTIT são contra a afirmação de que a punição restaura o equilíbrio de lucros e perdas desfeito pelo crime, que a punição é a garantia de anulação do crime.²⁶¹

Os autores esclarecem que os “*rationales*” que os retributivistas apontam, são justificados pelo consequencialismo: o equilíbrio de lucros e perdas e a anulação do erro. O que enseja uma traição à própria atitude retributivista.²⁶²

²⁵⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 162-163.

²⁵⁸ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 163.

²⁵⁹ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 163.

²⁶⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 164.

²⁶¹ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 164.

²⁶² BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 165.

A resposta ao por que punir na teoria republicana coincide com o liberalismo e com o prevenicionismo, é a intimidação ou alguma forma de prevenção do crime.²⁶³ Uma proteção contra a violência interna e externa, um papel protetivo do “*dominion*”, que se reveste de uma liberdade negativa, de responsabilidade do Estado e um dever da justiça criminal.²⁶⁴

2.14. IGUALDADE?

Um dos argumentos dos retributivistas contra o utilitarismo e prevenicionismo tem sido a preocupação da justiça como igualdade.

O conceito de igualdade tradicionalmente formulado foi um conceito formal, uma vinculação política da Revolução Francesa com as origens burguesas do liberalismo, que como aponta GOMES DA SILVA, não tendo como escopo a promoção da igualdade para todos, mas objetivando um rompimento com as limitações provenientes do absolutismo e a igualdade de condições para a recente classe burguesa nos negócios e na política.²⁶⁵

A teoria procura romper com essa igualdade do liberalismo buscando uma igualdade material ao propor que punir menos ensinará um estado mais igualitário e mais justo, ou seja quando a cada culpado é concedida misericórdia. Dessa forma define justiça como igualdade na seara criminal da seguinte forma: aqueles que são igualmente culpáveis por erros iguais (iguais em merecimento) deveriam ser igualmente punidos. Os cidadãos mais desvantajados não deveriam ser punidos com penas mais severas que os mais avantajados pelos mesmos crimes.²⁶⁶

A presunção em favor do “*checking of power*” motiva uma garantia do igual tratamento perante a lei, sustenta a teoria. Mesmo que o republicanismo não

²⁶³ BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.166.

²⁶⁴ BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.166.

²⁶⁵ GOMES DA SILVA. Eliezer. Igualdade, gênero e direito: do Liberalismo clássico ao pós-feminismo. In ANDRADE CORRÊA. Elidia Aparecida de. GIACOIA. Gilberto e CONRADO. Marcelo. (Coord). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá. 2006. p.110-111.

²⁶⁶ BRAITHWAITE e PETTIT.*Not Just Deserts...*, op.,cit.p.196.

possa garantir a justiça como igualdade, nenhuma injustiça poderá ser tolerada em nome da promoção do “*dominion*”²⁶⁷.

Os retributivistas se enganam na execução da lei, tratando as diferentes classes de forma igual, alertam BRAITHWAITE e PETTIT, ERLICH indicou que “Quanto mais rico e pobre são tratados com a mesma proposição legal, maior será a vantagem do rico”.²⁶⁸ Trata-los de forma igual significará uma sobreposição do rico, afirmam os autores e trazem um ditado de GALANTER: “o marinheiro a bordo e o tubarão são ambos bons nadadores, mas somente o tubarão está no seu próprio negócio.”²⁶⁹

BRAITHWAITE e PETTIT esclarecem que há dois estados de igualdade na justiça criminal: quando cada pessoa culpada é igualmente punida, e quando a cada pessoa culpada é concedida misericórdia.

As realidades na justiça criminal acabam significando, dizem os autores, que cada sociedade está sempre mais perto do mais tardio estado de igualdade (ou seja o estado de zero execução) do que o anterior, o de (100% de punição). Eles retratam que se nós vivemos num mundo onde 90 % dos culpados são punidos, então o jeito para fazer o sistema ficar mais igualitário seria perseguir os 10% que estão fora. Mas eles entendem que a realidade é diferente, exatamente o oposto, pois somente 10% dos culpados são punidos, deixando 90% dos crimes sem punição. Isto se segue que, quanto mais, os 10% atualmente punidos se lhes possa ser estendida a misericórdia, mais equitativo o sistema de justiça criminal se tornará, advogam.²⁷⁰ Em outras palavras, como não se consegue operar uma punição nos 100% dos culpados, somente com bastante sorte os 10%. Logo se for aplicada penas severas nesses 10% cometeríamos uma barbaridade, uma injustiça, porque afinal de

²⁶⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 196-197.

²⁶⁸ “... *the more the rich and the poor are dealt with according to the same legal propositions, the more the advantage of the rich is increased*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 197).

²⁶⁹ “*the sailor overboard and the shark are both swimmers, but only one is in the swimming business*” (BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 197). o marinheiro a bordo e o tubarão são ambos bons nadadores, mas só para um deles trata-se do próprio negócio.

²⁷⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 197.

contas há 90% de culpados à solta, então para que o sistema fique mais equitativo o melhor é conceder misericórdia para esses 10% ou no mínimo aplicar penas leves. Dessa forma, o princípio da parcimônia é o princípio que maximiza a igualdade para a teoria.

Norval MORRIS o defensor do princípio da parcimônia, estudou que dos batedores de carteira reincidentes, 2/3 foram sentenciados à suspensão condicional do processo e receberam supervisão de base comunitária e 1/3 foram sentenciados à prisão de 6 meses, passíveis de serem aumentados ou diminuídos os prazos de detenção, informam os autores.²⁷¹

Os retributivistas adotam como igualdade aplicar a mesma sentença para todos os batedores de carteira. Olhando para aqueles que estão entre os que obtiveram liberdade vigiada, a grande maioria e entre a substancial minoria que teve os seis meses de cadeia, esperam ter uma sentença de dois meses para todos os condenados deste tipo. Esta solução não é aceitável. A quantia de sofrimento imposta por sentenciar 99 ofensores a dois meses é muito maior do que sentenciar 33 a 6 meses e beneficiar com a misericórdia os 66 restantes.²⁷²

Para a teoria não é aceitável aumentar o sofrimento de uma pessoa para que sem motivação se estabeleça uma igualdade de sofrimento com outros que tenham cometido os mesmos erros. Se se tem provas contra seis evasores fiscais, mas somente se necessita punir um deles para manter a comunidade ciente, então se deveria selecionar a maioria dos culpáveis ou ofensores dos seis para denúncia. O princípio da parcimônia aconselha não punir os outros cinco até que se possa tratá-los de forma igual.

Quanto menos se punir, mais perto se chegará de um sistema no qual aqueles que fizeram os mesmos erros são igualmente punidos, defendem. Desta forma, o retributivista que sentenciar todos os batedores de carteira a dois meses de cadeia, aumenta a igualdade na punição dos batedores de carteira culpados, mas custa a não igualdade de todo o universo dos batedores culpados (já que a maioria

²⁷¹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.197.

²⁷² BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.198.

dos batedores não são condenados), conclui a teoria. A diferença entre não encarcerar e encarcerar a dois meses pode ser diferente do que entre dois e seis meses. Se é assim, então se tem aumentado substancialmente o sofrimento em nome da igualdade, articulam.

Para eles, o retributivismo possibilita que ofensas de réus profissionais e organizados tenham probabilidade menor de julgamento do que os menos profissionais. Punir os criminosos não sofisticados de forma igual se aumentaria a desigualdade entre os não sofisticados e os sofisticados ladrões. Dessa forma concluem:

“Já que os grandes ladrões, os criminosos financeiros, os que adulteram as leis fiscais, do consumidor, do meio ambiente, de segurança e saúde do trabalho, esses sofisticados empreiteiros da ilegalidade não são punidos, então não se pode punir os pequeninos, os ladrõezinhos, os batedores de carteira, os ladrões de TV e bicicleta etc”.²⁷³

A implementação da teoria, segundo os autores, reduziria a desigualdade baseada na classe, punindo menos os “*blue collar crimes*” (crimes de colarinho azul) e punindo mais os “*white collar crimes*” (crimes de colarinho branco), que tem imunidade legal dentro do sistema.

Para a teoria o retributivismo agrava a impunidade em razão da classe, porque impõe o merecimento aos menos poderosos, entretanto a recíproca não parece verdadeira com relação aos poderosos. O sistema de sentença de merecimento agrava a desigualdade nas penas de réus que cometeram crimes de mesma seriedade, o que não é viável e nem desejável, principalmente com relação aos “*white-collar crimes*”.²⁷⁴

²⁷³BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.199.

²⁷⁴BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.,cit.p.200-201.

CAPÍTULO III

DIALOGANDO COM A TEORIA – OBJEÇÕES, APLICAÇÕES E ASSOCIAÇÕES

3.1 A CRÍTICA DOS NEORETRIBUTIVISTAS - “*JUST DESERTS* V. *NOT JUST DESERTS*”

A crítica mais contundente à teoria republicana da justiça criminal parece ter vindo dos criminólogos Andrew ASHWORTH e Andrew Von HIRSCH. Famosos penalistas, Von HIRSCH destacou-se, sobretudo em 1976 com o livro “*Doing Justice: The Choice of Punishment*”, e outros livros e artigos que escreveu. ASHWORTH, autor de livros e artigos, escreveu em conjunto com VON HIRSCH o livro “*Principled Sentencing. Readings on theory and policy*”, em 1998. ASHWORTH desde 1993 se posicionou de forma crítica à justiça restaurativa com o artigo “*Some doubts about restorative justice.*”

Para eles a teoria da justiça criminal desenvolvida por PETTIT e BRAITHWAITE padece de uma insuficiência em alguns aspectos. O primeiro deles é com relação à política da sentença, baseada nas ideias de reconhecimento, recompensa e reafirmação, respectivamente os vocábulos *recognition*, *recompense* e *reassurance*, e que traçou um resumo das suas proposições num artigo que PETTIT formulou com BRAITWAITH intitulado “*Not just Deserts, even in sentencing*” de 1993. Von HIRSCH e ASHWORTH dizem que a teoria tem preocupação que chamam de agregativas. Que pela teoria nossas cortes pronunciariam a sentença da forma que melhor servisse à sociedade como um todo, ainda que expressasse uma indiferença para o grau de culpa do ofensor, ou o nível de sofrimento da vítima. Isto implicaria, argumentam que a condenação fornece aos juízes uma permissão para olhar para o futuro negligenciando a natureza da ofensa para a qual a sentença deveria ser oferecida como resposta. Desta forma:

“O que permanece problemático sobre as teoria do ‘dominion’ dos autores é o olhar para frente e as características agregativas. Estas características parecem dar licença para a punição sempre que e na medida que vítimas potenciais ganhem em ‘dominion’ mais do que as perdas no ‘dominion’ daqueles punidos.”²⁷⁵

Desta forma, segundo a crítica deles há uma autorização para punir sempre que um aumento no “*dominion*” das vítimas for maior do que a perda no “*dominion*” dos punidos, ou seja que a punição é o resultado de um “*check of balances*”, de uma redução matemática entre lucros e perdas.

A resposta de PETTIT e BRAITWAITE se baseia na própria defesa da liberdade republicana que eles advogaram. Objetivamente é uma condição de não-interferência que chamam de resiliente, ou seja, regenerável, flexível e subjetivamente uma condição de não-interferência que se destaca, ou seja saliente. Cada crime cometido torna claro uma interferência no “*dominion*” resiliente e se esses crimes não passam pelo indiciamento então isto os leva a crer que a não-interferência está indeterminada. Embora, digam que as cortes estejam designadas para promover o “*dominion*” elas devem estar debaixo de uma cobertura republicana, um comprometimento com a liberdade republicana cuja preocupação na sentença será a pessoa do “suposto” ofensor. Então terá uma licença para olhar para trás, mas não uma permissão para otimizar, como alegam, uma questão de “olhar para frente”. Já, se uma sentença vai operar uma otimização, sua função não é olhar para frente, mas retificar a situação – o mais breve possível, do dano ao “*dominion*” da vítima, e vai operar a adequada medida de reconhecimento e recompensa.²⁷⁶

²⁷⁵ “What thus remain troublesome about the authors’ ‘dominion’ theories is its forward-looking and aggregative features. These features appear to give license to punish whenever, and to the extent that, potential victims’ net gain in dominion exceeds the loss in dominion of those punished” (VON HIRSCH. Andrew e ASHWORTH. Andrew. Not Just Deserts: A response to Braithwaite and Pettit. In: **Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy**. Portland: Hart Publishing Oxford 1998. p. 317-318).

²⁷⁶PETTIT, Philip. BRAITHWAITE. John. Republicanism in Sentencing: Recognition, Recompense and Reassurance In VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.cit. p. 321-322.

Parece que a defesa de HUDSON é bastante pertinente. Ela assinala que a teoria de BRAITHWAITE e PETTIT é uma teoria dos direitos humanos para a justiça criminal. Desta forma ela vai vir em defesa dos apelos dos indivíduos contra qualquer bem a ser sacrificado em prol do bem geral social. Essa falta de garantia dos direitos humanos em detrimento de um “bem geral” é exatamente o que diferencia as teorias chamadas utilitaristas daquelas dos direitos humanos. A teoria dos direitos humanos, não permite que um direito individual seja limitado ou excluído a menos que eles passem a ameaçar os direitos de outros indivíduos.²⁷⁷ Neste sentido é o que demonstra DWORKIN na sua obra “Levando os Direitos a Sério” que o indivíduo pode perder seu direito se ele apresentar o que ele chama de “*vivid danger*”, ou seja, um perigo iminente para outro indivíduo.

Os retributivistas VON HIRSCH e ASHWORTH apresentam outra crítica, ao argumentarem que a teoria republicana faz uma eliminação de limites às penas, ou torna-os facilmente permeáveis especialmente quando trabalhado com ofensores perigosos, que isto poderia acarretar um efeito negativo na sociedade e não só, um desfavor para o próprio ofensor, *in verbis*:

“Eliminando tais limites ou tornando-os facilmente permeáveis ao lidar com ofensores perigosos poderia reforçar o senso de segurança de vítimas em potencial contra uma conduta predatória.”²⁷⁸

BRAITHWAITE e PETTIT esclarecem que cada pessoa na sociedade seria uma vítima em potencial, seria um erro distinguir vítimas e vítimas, é claro que a vítima necessita de um senso de segurança, mas enrijecer a pena, ou aprisionar indefinidamente vai comprometer o “*dominion*” do ofensor, mesmo que possa satisfazer os sentimentos de vingança da vítima e isto é algo que a teoria republicana quer evitar. Com relação aos limites da pena, a teoria republicana

²⁷⁷ HUDSON. **Understanding...**, op.,citp.68 e 71.

²⁷⁸ “*Eliminating such limits or making them easily permeable when dealing with dangerous offenders – could arguably enhance potential victims’ sense of security against predatory conduct*” (PETTIT e BRAITHWAITE. **Republicanism...**, In VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled Sentencing...**, op.,cit. p. 325).

destaca, em primeiro lugar a respeito da fixação de limites às penas somente para um máximo e não para um mínimo. Isto implicaria, é verdade numa área de discricionariedade reservada aos juízes. Entretanto a teoria pauta por princípios que deverão ser obedecidos, entre eles o do “*checking of power*”. Por este princípio, recorde-se, os agentes estatais estariam submetidos a uma supervisão, como as apelações, representações, as revisões etc. O exercício da discricionariedade exige sensibilidade, os juízes podem verificar a possibilidade de mediações, reconciliação e possibilitar que o ofensor se comprometa a não retornar a prática delituosa.²⁷⁹ Dar ao ofensor a oportunidade de entender o caráter ilícito, de reconhecer, se conscientizar da natureza e a seriedade da ofensa são valores que ultrapassariam qualquer sentimento de vingança nas vítimas, ponderam.

O arrependimento do ofensor, a compensação do dano daria muito mais às vítimas, essa sensação de segurança que elas precisam do que o encarceramento, do que medidas que inflijam dor e pesar nos ofensores. Eles apontam para as medidas consideradas simbólicas tais como o pedido de perdão do ofensor para o ofendido, o comprometimento da não reincidência e a reconciliação entre ambos, e as medidas substanciais que são que meios materiais utilizados para dar credibilidade aos atos simbólicos como recompensa, restituição e a compensação do dano. Essas medidas, muito embora necessitem de uma instrução de como seriam exercitadas na prática, dependem de cada caso em especial.²⁸⁰

A teoria estabeleceu que a pena de morte e as punições corporais não seriam admitidas, mas para os crimes comuns estaria reservado, preferencialmente as multas e serviço comunitário em vez da prisão, que ficaria restrita aos casos de extrema necessidade, quando o ofensor apresentasse periculosidade. O que se quis ressaltar com a teoria foi que as punições interferissem menos no “*dominion*” dos ofensores, em virtude do princípio da parcimônia.

²⁷⁹ PETTIT e BRAITHWAITE. In VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled ...**, op.,cit. p. 325.

²⁸⁰ PETTIT e BRAITHWAITE. In VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled ...**, op.,cit. p. 322.

ASHWORTH e VON HIRSCH apontam que existe incerteza no estabelecimento deste limite máximo, que ele é nebuloso e que não se sabe que crimes devem ter suas penas aumentadas e que isto traria insegurança à comunidade como um todo.²⁸¹

A teoria não vai lançar um programa de graduação das penas para os delitos na comunidade, porque evidentemente dentro de um regime republicano, o que se espera é que a legislação operada por um legislativo que represente os anseios dos cidadãos venha a dispor penas bem como os delitos adequadamente. Todavia, a teoria vai pautar os princípios, a linhas mestras que ajudarão o Estado na condução deste programa. Também não se pode olvidar que num estado democrático de direito em que a Constituição é respeitada, existem remédios constitucionais a serem manuseados com o especial propósito de corrigir as imperfeições. Mas também pode ocorrer que determinados Estados não promovam a democracia, ou possuam uma democracia “camuflada” e “distorcida” pelos meios de comunicação, pelas fraudes nas eleições e que o sistema representativo não funcione, e seja manipulado pelo poder ou pelo patrimonialismo que será destacado ao se retratar a história brasileira. E isto é algo complexo e precário que compromete não só o sistema de justiça criminal como todos os sistemas que envolvam a máquina estatal.

ASHWORTH e VON HIRSCH mencionam que a teoria republicana da justiça criminal pode certamente estar associada às tradicionais aproximações consequencialistas.²⁸² Os teóricos do “*Just Deserts*” não negam o apelo consequencialista. Aliás, BRAITHWAITE e PETTIT esclarecem que a teoria é teleológica ou consequencialista.²⁸³ Eles estabelecem que há algo em comum com os retributivistas que ambos rejeitam a permissão à otimização, que chamam de “*forward-looking*”, mas que olham para trás, para a ofensa cometida, da mesma forma que os retributivistas. Não se deve esquecer entretanto, que a teoria une o alvo consequencialista, o aspecto teleológico de promoção da justiça, da paz,

²⁸¹ VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.,cit.p.331.

²⁸² VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.,cit.p.327.

²⁸³ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**,op.,citp.31-33 e 200.

prevenção do crime etc com os “*constraints*”, ou seja, as restrições deontológicas, comungadas com os “*deserts*”. Os “*constraints*” nada mais são do que a operacionalização dos direitos humanos que deverão ser respeitados.²⁸⁴ Como conclusão eles sugerem que a reunião de “*targets*” e “*constraints*” vai excluir do sistema a questão do risco e da incerteza que traz preocupação nas teorias utilitaristas.²⁸⁵

A primeira diferença, mencionam BRAITHWAITE e PETTIT é que os retributivistas não podem fundamentar de forma aprofundada as sentenças, já os republicanos podem usar uma motivação geral e convincente para a resposta que procuram. Os retributivistas intencionam obter na pena o correspondente ao crime, a expressão da culpa e a restauração do balanço desfeito com o crime. Os republicanos têm razões para desejarem que as cortes sentenciem os ofensores condenados de acordo com as suas linhas teóricas. Com um sistema de justiça criminal deveria servir à comunidade, igualmente os juízes operam para servirem esses propósitos da justiça criminal, e em geral neste caso deveriam servir na promoção do “*dominion*”. Eles alertam que não se trata de uma tarefa simples, mas que deve ser almejada.²⁸⁶

Outra diferença apontada é que os retributivistas buscam uma pena proporcional ao crime enquanto os republicanos buscam o que é requisitado para retificar a ofensa. A questão, salientam, não é pagar na mesma moeda, muito embora essa necessidade de pagar seja formulada mas para por as coisas em ordem ou retificar. Os retributivistas dão a pena para a ofensa em abstrato, enquanto os retributivistas vêem o dano feito às vítimas e à comunidade e vão considerar qual a melhor forma de colocação do dano na sentença.²⁸⁷

Com relação ao tipo de pena e a sua quantidade, os retributivistas procuram um tratamento que é justificado em termos de intimidação e procuram uma

²⁸⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 28.

²⁸⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op., cit. p. 28.

²⁸⁶ PETTIT e BRAITHWAITE. In: VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op., cit. p. 328

²⁸⁷ PETTIT e BRAITHWAITE. In: VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op., cit. p. 328

proporcionalidade (dentro de um limite máximo e mínimo) entre a ofensa e a pena, ou seja, a gravidade da ofensa e a culpabilidade. Para eles a punição consiste em um duro tratamento de forma que convenha a desaprovação do autor da conduta, conforme o artigo citado.²⁸⁸ Isso pode levar a ignorar diferenças na pessoa e nas circunstâncias do ofensor e suas famílias. Os republicanos vão utilizar o princípio da parcimônia, e vão buscar o tipo de resposta na questão da retificação, e pode, é claro diferir de caso para caso.²⁸⁹

Os retributivistas argumentam ainda que isto permitiria um tipo de injustiça que os retributivistas evitariam. Os republicanos, entretanto se defendem dizendo que não há injustiça, porque afinal serão tratados de acordo com a retificação.²⁹⁰

Em resposta a isto, os retributivistas supõem dois casos, um em que X cometeu um delito menor, não se arrepende da conduta, a vítima é revoltada com a situação e não permite uma reconciliação. Além do mais não possui uma boa situação financeira para arcar com o dano, mas tem um risco baixo de reofender. Outra situação é que Y, cometeu um crime mais grave, conseguiu se reconciliar, tem fundos para pagar uma possível compensação do dano e se arrependeu de ter cometido o delito e tem um baixo risco de reofender. ASHWORTH e VON HIRSCH entendem que neste caso o cidadão X, obterá da justiça em destaque uma sentença muita mais dura que o Y, e adiantam que isto parece desconsiderar as elementares noções de justiça. Isso vai se reintroduzir agora com o nome de “*dominion*” e retificação, reaparecendo a era reabilitativa da discricionariedade e abandono da lei o que seria um retrocesso.²⁹¹

Suponhamos que nesse caso, as penas máximas para os dois crimes sejam as mesmas operadas nos nossos sistemas e nesse sentido há algumas questões a serem observadas. A primeira delas tem a ver com o arrependimento, é um fator importante, pois este sentimento pode conduzir a um abandono da vida criminosa.

²⁸⁸VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.,cit.p.328.

²⁸⁹PETTIT e BRAITHWAITE. In: VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.,cit. p. 329

²⁹⁰PETTIT e BRAITHWAITE. In: VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.,cit. p. 329

²⁹¹VON HIRSCH e ASHWORTH. **Principled...**, op.,cit.p.334

Outro dado importante é a tentativa de reconciliação, ou se pelo menos o autor do crime fez uma tentativa de se reconciliar. Se o ofensor é de poucos recursos a saída é a prestação de um serviço comunitário. Além do mais, o máximo da pena não possibilitará que uma injustiça seja cometida. O fato de que o ofensor veio a se arrepender e se reconciliou vai operar a seu favor, o que parece bastante justo. O problema pode aparecer quando o ofensor “finge” um arrependimento.

Mas a teoria vê os juízes e os agentes estatais como pessoas prontamente capacitadas a operar a discricionariedade, afinal de contas não são meros operadores das tabelas de penas, os “*guidelines sentences*”.

A teoria republicana como uma teoria dos direitos humanos assegura os direitos individuais acima dos direitos sociais e que nenhum princípio de direitos humanos seja violado mesmo quando oposto a um princípio de distribuição, como o justo merecimento.²⁹² Ela tem provido meios de reconciliação entre princípios retributivistas e consequencialistas, incorporando, como atesta HUDSON as forças e os remédios de uma e de outra.²⁹³ Depois do sucesso do retributivismo dos anos 80, as teorias consequencialistas vem conquistando espaço e confiança nos anos 90 entre muitos autores, que até mesmo, lembra HUDSON autores retributivistas arraigados como Von HIRSCH estão tornando claro nos seus trabalhos mais recentes que são retributivistas somente na distribuição da pena, mas não com relação a justificação geral e HUDSON respalda com uma indagação de WALKER, de que afinal eles têm um compromisso com o consequencialismo ou é uma total conversão ao mesmo?²⁹⁴

O mundo tem assistido a uma preocupação cada vez mais paulatina e mais contundente com relação ao respeito aos direitos humanos. Os locais que os desprezam e os negligenciam padecem de uma cobrança internacional feita pelas nações vizinhas, pelas nações signatárias da ONU, uma cobrança vinda da própria comissão de direitos humanos da ONU e da União Européia e não só dos

²⁹² HUDSON. *Understanding...*, op.cit.p.71.

²⁹³ HUDSON. *Understanding...*, op.cit.p.73.

²⁹⁴ “a quite conversion to it” (HUDSON. *Understanding...*, op.cit.p.73).

movimentos imparciais e políticos em prol dos direitos humanos dentro destas nações.²⁹⁵

A globalização, o comércio entre os países e a velocidade das informações são fatores que têm impulsionado para chamar a atenção e destacar os crimes cometidos nas fronteiras, o tráfico de substâncias entorpecentes, de armas, de pessoas e o terrorismo, assim uma teoria que pautado pelo cumprimento do respeito aos direitos humanos tende a se firmar e ganhar influência mundial.²⁹⁶

Assim a teoria republicana da justiça criminal pode metodologicamente estar acomodada tanto no republicanismo quanto num sistema que promova a defesa dos direitos humanos consagrados na Constituição Federal.

3.2 A HISTÓRIA REPUBLICANA BRASILEIRA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO SISTEMA PENAL

O tema republicanismo tem adentrado a pauta de muitos debates contemporâneos, ainda que os autores não se arrisquem a “esquadrinhar” seus elementos ou mesmo trazer uma conceituação do que seja republicanismo. O que é justificável, já que como o próprio PETTIT tem apontado, a “tradição republicana” tem nuances diferentes, à medida em que navegam na história, mas obedecem a algumas características fundamentais. Dessa forma, não se pretende aqui trazer qualquer conceituação do republicanismo, mas visualizar que elementos o compõe.

A tradição republicana teve suas origens na Roma Clássica, associada a CÍCERO, principalmente. Reapareceu nos séculos XII e XIII, nos estudos escolásticos e humanistas, no renascimento literário e artístico, nas cidades do Norte da Itália, entre elas Florença, Milão, Luca, Pádua, Bolonha, Arezzo etc. Contida nos pensamentos e escritos de BARTOLO, de MARSILIO, LOVATTI,

²⁹⁵ HUDSON. *Understanding...*, op.cit.p.73.

²⁹⁶ HUDSON. *Understanding...*, op.cit.p.74.

MUSSATI, de LATINI, de ERASMO, entre outros. Tradições bastante influente no pensamento político moderno, destaca SKINNER²⁹⁷, que se manteve nas repúblicas italianas, teve especial destaque na Holanda em sua república, reafirmando-se nos Estados Unidos da América e na França.

A tradição republicana se estruturou baseada em alguns elementos essenciais, segundo o ilustrado por PETTIT:

“foi unificando-se com o transcorrer do tempo, em parte por deferência às mesmas autoridades textuais, em parte por um entusiasmo compartilhado pelos ideais e pelas lições da República Romana, em parte pela ênfase posta na importância de dispor de certas instituições: por exemplo, um império da lei, como se disse com frequência, em vez de um império dos homens; uma constituição mista, em que diferentes poderes se freiam e contrapesem mutuamente, e um regime de virtude cívica, regime com referência ao qual as pessoas se mostrem dispostas a servir, e a servir honrosamente, nos cargos públicos.”²⁹⁸

Esses traços característicos, como acentuado por PETTIT se referem ao que chama de “autoridades textuais” porque vinham aparecendo em textos, cartas, fórmulas, obras de diversos autores no decorrer do tempo, e se revestem de elementos como a presença da soberania popular, a presença de eleições, mandatos representativos temporários para os principais cargos, o destaque à finalidade comum, a repulsa às facções e comportamentos partidaristas e a exaltação das virtudes cívicas. Entretanto, o traço delineador e fundamental do republicanismo é o descrédito à hereditariedade monárquica e a concentração de autoridade conferida pelo povo a um sujeito comum, mas de toda forma autoridade temporária representativa, o que consignou independência à vontade popular.

Esses elementos estiveram presentes já nas primeiras abordagens históricas, sem a quais dificultaria qualquer exercício para resgatá-los, pois não

²⁹⁷SKINNER. Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 2.^a reimpressão. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

²⁹⁸PETTIT. **Republicanism....**, op.cit.p.38

se pode conceber um estudo do republicanismo, ou uma abordagem qualquer que seja de cunho republicano, sem um cotejo histórico de seus mais remotos apontamentos, referências e insurgências. A proposta não é nesta oportunidade fazer essa averiguação, mas apenas destacar que a primazia da vontade popular sobre a vontade de nobres e elites, consolidada numa constituição que confere essa autoridade a representantes eleitos para mandatos temporários.

Quando salientamos que o Brasil é uma República, que o art. 1.º e seus incisos assim a destacam com seus fundamentos e que essa República oficialmente fora proclamada em 1889, isto não nos remete a uma situação fática que revele um país contido num sistema genuinamente republicano. Será que os problemas enfrentados na seara criminal, encontrados no curso histórico brasileiro se inserem numa tradição republicana? Será que esses problemas poderiam ser solucionados totalmente ou parcialmente por um ressurgir do republicanismo? Mas não um republicanismo falacioso, um republicanismo fadado à hipocrisia, mas um republicanismo provado nos seus elementos caracterizadores legítimos?

A tarefa não se revela fácil, e não se propõe aqui a esgotar este complexo tema. Tão somente delimitar o campo de atuação e identificar frente aos maiores acontecimentos de nossa história pátria as bases do republicanismo brasileiro, fazendo uma referência ao sistema penal, de modo assentar as bases para a discussão sobre as associações, feitas por BRAITHWAITE e PETTIT sobre republicanismo e sistema penal.

Para a resposta a estas questões, no contexto republicano brasileiro, nos valeremos da obra minuciosa e completa de Raymundo FAORO fará uma aproximação das intenções aqui cotejadas, além de autores como ZAFFARONI e BATISTA, CAIO PRADO JUNIOR, CELSO FURTADO, SHECAIRA E CORRÊA JUNIOR, NILO BATISTA, PIERUCCI, CARONE, ARRUDA etc para o escorço histórico das instituições jurídico-penais brasileiras.

O Brasil enfrenta o desafio de construção de uma liberdade baseada na igualdade de condições políticas, econômicas e sociais. A história brasileira

reflete que ainda não possuímos meios de efetivação desta liberdade sem dominação, liberdade esta contida na tradição republicana. E podemos afirmar indubitavelmente que o nosso país precisa alcançar maiores patamares de conscientização, integração e participação política do seu povo, muito maiores do que os encontrados na cidadania brasileira. Entretanto, esta falta de condições é uma herança histórica desde a colonização portuguesa, recebida por meio de processos patrimonialistas, geração após geração, tolhendo e diminuindo cada tentativa de aproximação de um modelo mais democrático e mais protetor dos direitos e garantias fundamentais.

A tradição republicana é marcada por uma sequência de fatos que moldaram uma liberdade, evidenciada desde suas primeiras aparições num sistema de governo com elementos como a soberania popular por meio da representação política, através do voto. A soberania popular é um elemento essencial, sem o qual não se pode falar em republicanismo. A representação deve ser limitada por mandato temporário e isto deve ser efetivado por uma constituição elaborada pelos seus representantes eleitos, que garanta que nenhum dos poderes da nação subjuguem o outro.

A Proclamação da República no ano de 1889 desfez o vínculo monárquico com Portugal, o que constituiu um grande avanço, entretanto longe de garantir o republicanismo, deu continuidade a um processo de dependência, nos mesmos moldes anteriores. Esta estrutura dominadora, ao invés de figurar numa luta entre classes, como pretendeu o postulado marxista, figurou inserido numa estrutura estamental, uma corporação de poder político administrativa, o “estamento”.²⁹⁹ Um controle que historicamente mantém o poder numa elite oligárquica e que o povo, ou o cidadão é apenas um telespectador.

A Coroa portuguesa já revelou desde logo um estado patrimonialista, que veio a se desenvolver no Brasil por ocasião da colonização. Por patrimonialista, no significado de Norberto BOBBIO é “(..) aquele Estado no qual o soberano

²⁹⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro.** São Paulo: Globo, 2001.

detém o território do Estado como propriedade sua”,³⁰⁰ no qual não se percebe uma distinção entre patrimônio público e privado. O Rei como soberano detinha uma vasta área de terras numa época em que todos os recursos e toda renda dela advinham. Esse patrimônio não tinha uma destinação específica, ora sendo utilizado particularmente pelo soberano e pela sua família, ora de forma pública pelo Reino nas suas necessidades coletivas.³⁰¹ Deste patrimônio vinham as rendas para sustento dos guerreiros, delegados monárquicos, os servidores ministeriais, enfim de toda a Corte.

O Rei de Portugal era um soberano, supremo dispensador, um grande organismo que todas as atividades regulava³⁰², na justa conotação absolutista, acima dele só o Papado, abaixo todos os seus súditos, submetidos as suas ordens, sem qualquer possibilidade de recalcitrância.³⁰³ Nesse reino, a nobreza e o clero não firmaram a independência, sendo que a Coroa fez a completa distinção entre a qualidade de funcionário da de proprietário – e o poder derivava da riqueza e não da função pública. Os funcionários eram recrutados da nobreza e dos grandes proprietários, para quem eram reservadas as funções de primeiro nível, pessoas com estreitos laços de amizade e confiança. O serviço militar era pago quando de sua necessidade pelo Reino, não raras vezes, em terras que privilegiavam nobres com a jurisdição e com isenções fiscais, reservando para a Corte uma participação.³⁰⁴ A Coroa detinha sua base política, fiscal e militar com o “conselho”³⁰⁵ que lhe defenderia gratuitamente das possíveis ocupações estrangeiras e ainda rendiam impostos e multas pós-delitos. Uma economia essencialmente agrária, sendo o rei o lavrador-mor, gerindo todos os negócios.³⁰⁶

³⁰⁰ BOBBIO. Norberto. **Teoria Geral da Política...**, op., cit. p. 225.

³⁰¹ FAORO. **Os donos...**,op.cit.p.12.

³⁰² PRADO JUNIOR. Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Colônia. São Paulo: Ed. Brasiliense. 1999. p. 299.

³⁰³ FAORO. **Os donos...**,op.cit.p.19.

³⁰⁴ FAORO. **Os donos...**,op.cit.p.21.

³⁰⁵ O verbete no original é “concelho”.

³⁰⁶ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.24.

Na justiça, o mesmo padrão se garantia de impessoalidade, o povo, principalmente o nativo e os escravos sofrendo interferência arbitrária.³⁰⁷ As penas não eram submetidas à obediência a cânones pré-fixados. Um quadro administrativo e judicial que incluía servos de sua casa ao lado de senhores territoriais.³⁰⁸

FAORO desfaz o dogma de que a sociedade capitalista brasileira se gerou das ruínas da sociedade feudal. O recorte histórico – feudalismo – capitalismo e socialismo sofre uma análise conjuntural e epistemológica. Ele esclarece que o mundo luso brasileiro não conheceu o feudalismo, visto que os meios de produção continuavam sendo da Coroa, porque o povo não possuía seus próprios meios.³⁰⁹ E conclui :

“Patrimonial e não feudal foi o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição, bem como de outra índole a natureza da ordem econômica, ainda hoje persistente, obstinadamente persistente.”³¹⁰

O patrimonialismo faz com que todas as atividades girem em torno do Estado, na figura do soberano, suprimindo as liberdades públicas, econômicas e a

³⁰⁷ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.29.

³⁰⁸ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.30.

³⁰⁹ A burguesia se assenta sobre a exploração do trabalho assalariado e na propriedade dos meios de produção e teria seu ponto de partida no século XVI. Os acontecimentos marítimos e os descobrimentos aceleraram a acumulação do capital substituindo o feudalismo pelo capitalismo ingressando no novo sistema “socialista”. Entretanto naquele sistema se operava a pequena indústria de propriedade do artesão sobre os seus próprios meios de produção. A produção perde o caráter individual para se tornar em série, converte-se o trabalho em mercadoria. Assim, neste modelo, o feudalismo origina o capitalismo. Desta classe oprimida, a burguesia se ergue agora a luta contra a nobreza se insurgindo na economia e na política. No entanto, Conclui FAORO: “Esta doutrina, construída sobre uma tradição histórica, recebida sem exame crítico de profundidade, infiltrou-se na teoria, ganhando o prestígio dos lugares-comuns. Ela contaminou os estudos do século XX, empenhada em por toda a parte, sobretudo nos países subdesenvolvidos, descobrir a “estrutura feudal” os restos feudais, perdidos no mundo universal do capitalismo. Os estudos do século XIX, sobre os quais brotou a tese marxista, pareciam apoiá-la, com raros dissidentes. A Europa seria, sem maiores dúvidas, um universo feudal desmoronado, no século XV, sob o peso das manufaturas e das monarquias.” (FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.35).

³¹⁰ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.35.

livre concorrência.³¹¹ Distintamente do fenômeno do feudalismo que não se satisfaz sem a concentração de alguns elementos: o vassalo como proprietário da terra, seus os meios de produção e ferramentas, o excedente e a apropriação do trabalhador, a superposição de uma classe sobre outra. Há uma insuperável incompatibilidade com o sistema feudal com a apropriação pelo soberano de todos os recursos. O comércio ao invés de sobrepor esta nova classe, neste modelo acelera o aparecimento do sistema patrimonial, pois a atividade econômica da metrópole criou uma burguesia desvinculada da terra, que fomenta e financia o comércio – há uma empresa e um príncipe que concentra nele os setores mais produtivos,³¹² que concede privilégios, autoriza, cede, distribui, mas sempre aos grupos seus, presos à Coroa.³¹³ A base do capitalismo de Estado está firmada, mas impedirá o capitalismo industrial, esquecido, desprezado pelo crescente e imponente tráfico mercantil. A atividade industrial tímida decorrente de interesses da Coroa, alheia a qualquer liberdade econômica, não propicia a revolução industrial, gerando consequências políticas e econômicas perceptíveis até nossos dias, demonstra FAORO.³¹⁴ Sem utilizar o termo patrimonialismo, PRADO salienta que a economia brasileira foi fundamentada de forma precária, um sistema organizado de produção e distribuição de recursos com objetivos estranhos, que não tem força própria e nem existência autônoma, em que a grande massa populacional serve de mão de obra.³¹⁵

A justiça tem os contornos do novo dono, ligada à Coroa. Com as guerras vem a doação de terras e com ela a jurisdição penal e civil. Já que a atividade agrária não era a atividade típica, reservada ao comércio, passou a ser compulsório o cultivo das terras, constringendo os lavradores. Como os negócios não podiam ser dirigidos unicamente pelo Rei, um aparelhamento lhe seria

³¹¹ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.36.

³¹² FAORO esclarece que nenhuma atividade comercial ou industrial está isenta da direção, condução e intromissão do soberano, mas mantém para seu comando imediato as mais lucrativas que “concede, privilegia e autoriza à burguesia nascente, presa desde o berço às rédeas douradas da Coroa”. op.cit.p.40.

³¹³ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.40.

³¹⁴ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.40.

³¹⁵ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.129.

indispensável, uma organização político administrativa: o estamento político. FAORO define:

“O estamento político – (..) – constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. A situação estamental, a marca do indivíduo que aspira aos privilégios do grupo, se fixa no prestígio da camada, na honra social que ela infunde sobre toda a sociedade. Esta consideração social apura, filtra e sublima um modo ou estilo de vida; reconhece, como próprias, certas maneiras de educação e projeta prestígio sobre a pessoa que a ele pertence; não raro hereditariamente”. Para aderir a ele não se faz mister a igualdade das pessoas, a mesma classe, mas se “calca na desigualdade social”³¹⁶.

O rei recruta uma comunidade cujos requisitos se apresentam na personalidade, fechado a um grupo que se apropria de oportunidades políticas e econômicas, de famílias tradicionais, políticos profissionais de alto nível, orientando os objetivos econômicos.³¹⁷

A empresa marítima causou o descaso do sistema agrário, que já era incapaz de prover às necessidades internas, pois não passava de um setor de subsistência, sem divisão de trabalho e especialização.³¹⁸ O estamento que mantém todas as atividades ampara a que lhe forneceu o ingresso, alimentando a sua nobreza e seu ócio. O Brasil herda esse mesmo sistema, seus recursos são deslocados para fora, nada sobrando para industrialização ou agricultura. O Estado organiza o comércio, incrementa a sua indústria, assegura a apropriação da terra, estabiliza preços, delimita salários, tudo, para o enriquecimento da realeza e do grupo que a dirige.³¹⁹ É exatamente este o “estado patrimonial” que assentou todas as bases políticas, econômicas e sociais da nova terra.

³¹⁶ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.61.

³¹⁷ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.63.

³¹⁸ FURTADO. Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2005. p. 70-71.

³¹⁹ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.81.

As penas criminais na época da colônia obedeciam à técnicas *sui generis*, atípicas e privadas, ligadas a usos e costumes mercantis, possibilitadas pela ausência de uma estrutura estatal a dinamizar em terras brasileiras o “direito” criminal, reprimidas a integridade física do réu com açoites, galés, mutilações e morte. Eram desproporcionais ao fato e consideravelmente cruéis, com a morte pelo fogo, em vida, de falsificadores de moedas, desiguais e variáveis conforme a situação e a classe do réu.³²⁰

A ausência do Estado no período colonizador da “terra ainda sem lei” refletiu um não direito, uma vingança privada sem que fosse necessária a ofensa para configuração da pena, aplicada de forma arbitrária e realizada dentro da unidade de produção.³²¹

Primeiro, as Ordenações Afonsinas, (1446 ou 1447), seguiram-se as Manuelinas em (1521) e em (1603) as Filipinas. As Manuelinas só sofreram alteração em relação à anterior em acréscimos de novas condutas. No Brasil, a jurisdição estava incumbida a ouvidores, tabeliães, meirinhos, o que na prática consistia em matéria desregulamentada e privada.³²² As leis obedeciam caráter pessoal com valores multi variados, levando ao Brasil o mesmo modelo adotado em Portugal. Nas Ordenações Filipinas, a pena de morte variava na forma de execução, morte lenta e suplício, morte seguida de confisco, queima de cadáver, esquartejamento e proscrição de memória, a morte simples por degolamento ou enforcamento e morte civil com o fim dos direitos civis e de cidadania. As penas vis que consistiam em açoites, amputação de membro, galés, como também as penas de multa e o degredo, sem que houvesse qualquer referência ao princípio da legalidade, impondo o juiz a pena que mais lhe parecesse adequada.³²³ Um sistema desordenado de leis extravagantes que se embaraçavam.³²⁴

³²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena. Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Ed RT, 2002.p. 36.

³²¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito penal brasileiro.** Vol. I. 2.a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 412.

³²² ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 413.

³²³ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**,op.,cit.p.37.

³²⁴ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.300.

O rei comerciante se vinculava à guerra e a pesada burocracia da administração pública, com cargos sem funções, distribuídos por três anos, sendo que muitos eram alienados, acabando em corrupção.³²⁵

A revolução Industrial não era sentida e nem mesmo existia, todos os produtos para a Corte, para a nobreza, para os funcionários vinham da Europa – roupas inglesas, jóias holandesas e trigo importado.³²⁶

A nova doutrina da soberania popular apregoada na Europa, a democracia lá advogada fica resguardada nos assuntos da Corte e no decorrer do tempo não se desprende do legado histórico recebido. Não importa o sistema de governo ou mesmo a forma dele, essa representação estará aquém, sempre dependente do “estamento”. Na vacância de um cargo, logo é preenchido, neste processo o povo não participa, outros são escolhidos, selecionados, removidos e consolidados na comunidade de domínio, “num ensaio maquiavélico de captação do assentimento popular”³²⁷ feito pelos processos de comunicação em cada época pertinentes.

As concessões de terras fracassaram, a feitoria não vinculava o trabalhador e o concessionário à terra. As armadas de guarda-costas da mesma forma não operavam com sucesso. A expedição colonizadora não surtira efeito, pois o elemento necessário era a povoação.³²⁸ O dilema da ocupação territorial numa terra habitada por indígenas, incapaz de provisão de lucros para os fins mercantis desejados pela Coroa.³²⁹

As Capitanias surgem da necessidade de fixar a população ociosa ao solo e de vigiá-la. Igualmente sem êxito. A colonização representava uma delegação de poderes, com vínculos reais. Mas este caráter de estabilidade e permanência só figurou bem mais tarde no Brasil.³³⁰ O colono que povoa a terra

³²⁵ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.102.

³²⁶ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.105.

³²⁷ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.111.

³²⁸ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.128.

³²⁹ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.24.

³³⁰ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.31.

não é o “trabalhador”, o “simples povoador”³³¹, como coloca PRADO, mas vem para gerir uma grande empreitada rural, e essa organização agrária é composta de três elementos: a grande propriedade rural, a monocultura e o trabalho escravo.³³²

O pau-brasil e o açúcar deram a Portugal poderosos trunfos nas competições imperialistas da Europa. Com os engenhos de açúcar financiados pelos portugueses, o açúcar brasileiro começou a desfrutar de predomínio, e os engenhos com a mão de obra escrava deram início a uma povoação. Para garantia da povoação, o casamento passou a ser incentivado, e até pago, muitos abusos se deram.³³³ Em muitas cerimônias, mal feitas e às pressas, o consentimento da mulher era inexistente. Era uma terra em que a lei só existia para uma parcela do povo, os mais importantes.

Os delitos se misturaram com um processo cultural advindo de Portugal, em que determinadas condutas injustas, ilícitas, porém não típicas e antijurídicas eram cometidas com liberalidade e até com certa frequência. O pensamento patrimonialista dominou por completo o direito público e com ele todo o sistema de política criminal, no qual o índio, o negro e a mulher eram as maiores vítimas. A colonização tinha três razões: a exploração da nova terra, o abastecimento da metrópole e a garantia de posse da terra contra as investidas de outros povos.

Com as capitanias, a autoridade delegada pela Coroa conservava o direito de modificar a doação conforme os seus interesses, aos homens próximos ao trono, burocratas e militares. A deslealdade consolidou o insucesso.³³⁴ As

³³¹PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.120.

³³²PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.122.

³³³Tal foi o alvoroço de casar que em uma cerimônia noturna, mal provida de tochas, as esposas foram trocadas, desfazendo o acidente no dia seguinte, sem reclamações dos maridos. (FAORO.**Os donos...**,op.,cit.p.132.)

³³⁴A colonização inglesa na América teve traços distintos. A Inglaterra em ascensão econômica projetou nas colônias uma complementaridade da metrópole, concedendo-lhes autonomia. A terra passou a ser “propriedade” dos colonos, livres de vínculos de posse com a Inglaterra. Não foi um empreendimento de cunho militar, para defesa, mas somente de colonização, implementação e criação de uma estrutura “para ficar”, com seus próprios recursos, próprios instrumentos de trabalho, seus semoventes, etc. O inglês trouxe a mulher, fundando uma família e constituindo as próprias instituições políticas e administrativas. Fundou igrejas e escolas, um povo acostumado ao trabalho agrícola, sem “que o desdém do cultivo da terra pelas próprias mãos o contaminasse, desdém aristocrático e ibérico” (FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.145).

sesmarias e os governos gerais avolumaram ainda mais as extensões latifundiárias, firmando a dependência do colono e senhores rurais a foros e arrendamentos, endividando-os.³³⁵ Os colonos se revoltaram com os donatários e resistiram à Coroa que criou a figura dos ouvidores e provedores³³⁶ com atribuições jurisdicionais e fiscais não subordinadas ao governador. As ouvidorias e provedorias eram na maioria das vezes avessas à justiça e à equidade, tendo sido criadas não para promoção da justiça, mas para defesa do rei nas revoltas.

Com a descoberta de diamantes e com o bandeirismo, que se identifica em tudo com a exploração agrícola em grande escala,³³⁷ os índios foram expulsos de suas terras, apesar da proteção dos jesuítas. O poder da Coroa, criativo e vigilante fazia emudecer os revoltosos. Os senhores de engenho e os fazendeiros foram crescendo despercebidos aos olhos da Coroa, pois seu maior interesse recaía sobre o comércio das pedras.

O Rei (síntese completa do Estado)³³⁸ não tem afinidade social e cunho assistencial, mas tem ambições econômicas, porém carente de mão de obra, necessita de uma grande rede de cargos e funções para lhe ajudar não na administração e para garantir os lucros. Entretanto trata-se de uma divisão formal de trabalho, mas não funcional.³³⁹ A estrutura hierárquica é assim disposta: o Rei, o governador geral, os capitães das capitanias e as autoridades municipais. A Coroa se utiliza do colegiado para decisão, mas a decisão é sempre a do Rei, condicionada à manutenção dos privilégios.

Os negros começam a ter ascensão nos postos militares, mas não sem a censura dos brancos. Na verdade, a nobreza estava arredia ao labor, para curtir as honras e, quanto aos mercadores, buscavam agora o lugar que antes era ocupado pela nobreza ociosa. A organização militar era essencial à Metrópole, garantia de

³³⁵ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.150.

³³⁶ O provedor-mor cuidava das funções inerentes ao Fisco, gerenciando os agentes. O ouvidor-mor cuidava dos assuntos afetos à justiça nas capitanias com instância recursal em Lisboa.

³³⁷ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.123.

³³⁸ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.299.

³³⁹ PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**,op.,cit.p.299.

execução e de ordem.³⁴⁰ O Clero desenvolvia papel de ensino, cuidava dos registros notariais com o auxílio dos escravos, de recursos e terra doados pela Coroa. No entanto, os próprios jesuítas entraram em contradição com relação aos princípios de liberdade e igualdade entre índios e negros. Os índios podiam ser livres e catequizados, inaptos ao trabalho servil, mas os negros-escravos aptos ao trabalho, tinham que ser mantidos em escravidão.

Há traços pesados do descaso das autoridades, da falta de lei, da ausência mesmo de justiça e humanidade no nosso Brasil colonial. Os negros, os índios e os colonos mais pobres sofriam toda sorte de injustiças.³⁴¹ Foram os interesses externos, e não os do Brasil, que organizaram e constituíram a sociedade e a economia brasileira.³⁴²

A vinda da família real em 1808, deu origem a mais cargos. O comércio se intensificou, mas não a ponto de ingresso no capitalismo industrial, porque faltava a seriedade, a ética nas transações comerciais e a perseverança nos tratos.³⁴³ Ao lado das condutas criminosas, um tipo de “malandragem” cultural, incapaz de ser expurgada, que acompanha os negócios, os contratos, os acordos, que vai se estender em maior ou menor grau até os nossos dias. A industrialização é impedida pela autarquia agrária. A corte se indis põe com a classe comercial, que pretendia a separação do Brasil de Portugal, com a

³⁴⁰ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p. 228.

³⁴¹ “Um viajante francês, ao percorrer o litoral pernambucano, viu além dos escravos, dos quais não queria falar porque “não passam de gado”, os lavradores entregues aos donos da terra e dos engenhos em nada que os proteja, a lei ou a força armada. A paisagem se cobria de *senhores de engenho*, *lavradores* (“espécie de rendeiros”) e *moradores*, categoria, a última, fruto do declínio da empresa açucareira. À ostentação do senhor se opõe a vida incerta do *lavrador* que pode ser expulso, a qualquer tempo, sem indenização, composto seu capital de escravos e gado, abrigada a família em “miserável cabana”. Os *moradores* - “em geral mestiços de mulatos, negros livres e índios” - são paupérrimos - eles formam a plebe dos campos, com sua cultura de mandioca para magro sustento, retraídos ao trabalho assalariado que os degradaria à condição de escravos. Isolados nos ranchos, não conhecem a vida comunitária que aos seus avós integrava, numa constelação de valores perdida. Deles sairá o cliente do crime e o germe de jagunço. “Os senhores de engenho procuram as suas mulheres para seu gozo; dizem-nas muito galantes, mas destas seduções resultam vinganças e punhaladas. Os senhores de engenho que usam do direito de despedir os seus moradores, porque lhe pagam pouco e mal, e frequentemente os roubam, tremem ao tomar esta perigosa medida em um país sem polícia.” (FAORO. **Os donos...**, op., cit. p. 252).

³⁴² PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**, op., cit. p. 32.

³⁴³ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p. 291.

crescente ideologia da independência nas emancipações norte-americana e francesa, e acabam por expulsar o Rei em 1820. Com a libertação de Portugal, a soberania popular tão falada na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos, é adiada. O projeto constituinte de 1823 limitaria os poderes monárquicos, mas foi ensurdecido pela outorga da Constituição de 1824, surgido com o poder moderador que habilitará o monarca a governar, controlar e decidir em última instância.

O liberalismo dos intelectuais, telespectadores do teatro norte-americano e francês, vai se satisfazer com a Constituição, que mantém a igualdade, mas sem a democracia, o liberalismo, faltante a soberania popular.³⁴⁴

Dom Pedro mantém os privilégios paternos, títulos, honras, recompensas e cargos num Senado vitalício. Ele controla sem intermediação, amparado pelo poder moderador. Apesar da incrementação da indústria nacional, a dependência com a Inglaterra se tornou maior, esgotou-se a mineração e o comércio exportador se empobreceu diante da concorrência internacional. Sem o apoio popular, o monarca abdicou.

As ordenações Filipinas são recepcionadas pela Assembléia Constituinte do Brasil, já após a Independência. Nesse período se percebem vários tipos de prescrições penais se renovando ou se complementando, às vezes recebidas da Metrópole e às vezes feitas na localidade ao calor dos acontecimentos³⁴⁵. Diversas leis disciplinam várias matérias e se confrontam com a Constituição de 1824, que fez aparecer garantias individuais como liberdade de manifestação do pensamento, proscrição de perseguições religiosas, liberdade de locomoção, inviolabilidade do domicílio e correspondência, formalidades exigidas para a prisão, etc embora somente de forma oficial porque na prática essas prescrições legais extravagantes se chocavam com a Carta Magna, que perdia a força.³⁴⁶

³⁴⁴ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p. 321.

³⁴⁵ Um edital de polícia no Rio de Janeiro que determinava a aplicação de trezentos açoites e três meses de trabalho em obras públicas e uma decisão de D. José em 1756 que previa para a mesma pena de cem açoites por dez dias alternados.

³⁴⁶ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p. 422-423.

Na Primeira Regência, se opera a descentralização nos municípios, mas que afinal fora centralizada na 2.a. Regência com a criação da Guarda Nacional, comandada pelos famosos “coronéis”.

O surgimento do Código de Processo Criminal de 1832 e o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, deu nova autoridade municipal, e delimitou as competências em distritos, termo e comarca.³⁴⁷ O sistema tradicional suplanta o legal que não se compatibiliza com os costumes e o cargo público, permanecendo o estamento o único foco de poder. Nesta fase judicial da nova Constituição se sofre a contradição entre liberalismo e escravidão, política da descentralização e centralização, o mesmo se dá no direito penal e processo penal.³⁴⁸

Delitos urbanos e rurais com penas de prisão e multa, tais como vozearias nas ruas, injúrias, obscenidades, venda de pólvora e transporte de gado solto eram criminalizados pela Câmara Municipal em 1828.³⁴⁹ Na Assembléia Legislativa da Bahia, uma lei impedia que africanos libertos e expulsos que retornassem à província eram apenados com a morte. Se o escravo transitasse nas ruas após as 21:00 sem bilhete era punido com oito dias de prisão, pela Câmara de Maracás. Proprietários eram impedidos de alugar casas a escravos sob pena de serem presos ou forçados a trabalhos.³⁵⁰

O princípio da legalidade deveria ter sido admitido na Constituição de 1824, e no art. 1.o. do Código Criminal de 1830, mas isto não se deu. O Código de Processo Criminal de 1832 autorizava o judiciário a aplicar penas para suspeitos, o que fora transferido em 1841, através da Lei de n.o. 261 de 03 de dezembro de 1841, para chefes de polícia, delegados e subdelegados.³⁵¹ O julgamento de todos os crimes e contravenções com penas de prisão até 6 meses além de outros crimes passaram a ser julgados pelas autoridades policiais nomeadas pelo Imperador, que igualmente nomeava juízes municipais e

³⁴⁷ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p. 352-353.

³⁴⁸ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p. 423.

³⁴⁹ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p. 425.

³⁵⁰ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p. 425-426.

³⁵¹ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p. 424-425.

promotores. A chefia da autoridade policial era do Ministro da Justiça. Tanto a centralização quanto a descentralização foram exercitadas por meio do poder punitivo.³⁵²

Ainda nos debates para a aprovação do Código Criminal de 1830, os membros do parlamento queriam suprimir a pena de morte. Um ano mais tarde foi novamente discutida a questão com a assertiva de Martin FRANCISCO de que tal pena era ineficiente, porém LINO Coutinho afirmara que o “objetivo da pena de morte era o de conter a escravatura: esta é a única pena que a pode conter” e “assegurar nossa existência contra os escravos”.³⁵³

ZAFFARONI e BATISTA observam que as raízes do autoritarismo e do vigilantismo brasileiro remontam esta época, demonstrando o insucesso do projeto liberal.³⁵⁴

O controle do Império deitou sobre a Reforma do Código de Processo Criminal em 1841, retirando dos municípios sua já limitada autonomia, com o chefe de polícia, delegados e subdelegados nomeados pelo Império, o juiz de paz é desprovido de autoridade que se concentra agora nas mãos da polícia, com funções policiais e judiciárias.³⁵⁵ Os juízes municipais e os promotores perdem o vínculo com a Câmara. O Júri perde a característica popular, tudo acaba sendo controlado pelo poder central.

O sistema eleitoral com um eleitorado submisso, deputados eram escolhidos na sala de reuniões e o eleitor submetidos a mandos e às coações. FAORO lembra: “Daí das eleições inautênticas, dos partidos formados pelos grupos sem raízes populares, estamentalmente autônomos, projeta-se sobre o país a vontade *augusta*, o *imperialismo*, refugiado constitucionalmente no Poder Moderador, tenazmente vivo.”³⁵⁶

Trata-se de um sistema artificial coberto pelo estamento: “A chave do processo acentua e consolida o princípio *feita a mesa*, está feita a eleição, mesa

³⁵² ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 427.

³⁵³ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 429.

³⁵⁴ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 428.

³⁵⁵ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.383.

³⁵⁶ FAORO. **Os donos...**,op.,cit.p.392.

agora, necessariamente governista”, esclarece FAORO.³⁵⁷ Muitos juízes de direito foram removidos por conta das fiscalizações, num só dia foram removidos 52 juízes de direito no Rio de Janeiro.³⁵⁸ A máquina eleitoral funciona com poderes coercitivos, autoritários e manipulativos.

Uma lei ordinária de 9 de janeiro de 1881 permitiu a primeira eleição direta, com voto censitário, por rendimentos, cultura e propriedade. Foi a vitória dos liberais na Câmara.³⁵⁹

O latifúndio além de vincular o lavrador ao dono da terra, era utilizado para a aquisição de créditos, fornecimento de escravos, bens e implementos. A Lei de n.o. 601 de 1850 deu o reconhecimento da posse aos pequenos lavradores, que se avolumaram pela valorização do café nos latifúndios. Mas a lei não garantiu a propriedade da terra, porque apesar de justa, apareceu tarde demais.³⁶⁰ Os lavradores não conseguiam arcar com as custas e impostos, deste modo poucas famílias controlavam milhares de hectares.

Nas eleições de 1860, nova vitória dos liberais, disposição de crédito e liberdade bancária, com aumento dos setores médios, e da classe média que se torna mais ativa. O empresário deseja industrialização, crédito e proteção alfandegária, num regime de privilégios. A intervenção do governo se dá em todas as atividades, os agentes públicos ingressam na economia – mascarados de empresários, em que o maior acionista é a Corte disponibilizando concessões, subvenções e linhas de crédito a juros imperceptíveis. Grandes associações de políticos e empresários favorecidos pelo governo em contratos empresariais. Foi o caso do Visconde de Mauá, importante político e banqueiro brasileiro que utilizou o Senado para benefício próprio e de suas empresas.³⁶¹

³⁵⁷ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.424.

³⁵⁸ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.424;

³⁵⁹ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.429.

³⁶⁰ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.468.

³⁶¹ “Ergue-se Mauá à tribuna da Câmara dos Deputados, onde tinha assento, para pedir garantia de juros de sete por cento, em favor de uma empresa sua, a Estrada de Ferro de Petrópolis” advogava como que em nome próprio e que afinal não conseguira. Mas em outra oportunidade fora feliz. “(..) consegue no parlamento uma autorização de empréstimo de trezentos contos, ao juro de 6% ao ano, pago em prestações semestrais, com prazo de cinco anos de carência.” (FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.498).

A queda da monarquia se deu por razões econômicas (o término da escravidão impediu que o Rei apoiasse os empresários rurais escravocratas), militares (o exército já contava desgostos com a Coroa, sobretudo em razão do descaso da Batalha de Riachuelo) e religiosas (atrair a imigração dependia da separação da igreja católica do Estado,³⁶² de ideais liberais e republicanos e a implantação de igrejas protestantes). Sem o apoio dos partidos que antes representavam os anseios da aristocracia rural, à falta de apoio da igreja e do exército e as campanhas republicanas, baseadas nos ideais das liberdades norte-americanas e francesas, faziam a monarquia cair.

A República é proclamada com a tutela militar, mas o golpe militar de 15 de novembro de 1889 não deu ao Brasil a condição de República, senão oficialmente. A proclamação tão festejada, ainda que o requisito da monarquia hereditária tenha sido afastado, não contemplou a essencial soberania popular, pois o povo desconhecia o acontecido. Daí se concluir sem maiores profundidades que a “República” só aparecia no papel.³⁶³

A análise do republicanismo brasileiro se inicia aqui, mas não se perfaz sem a explicação dos fenômenos que o antecederam. Os mesmos fenômenos vivenciados na colonização, no Império, o patrimonialismo que FAORO analisa no palco brasileiro, o estamento com sua larga rede anfitriã, generosa, irresponsável, concedendo cargos, privilégios, concessões para os seus, não se ausentou no período republicano. Não houve aparentes mudanças sociais e econômicas. Os latifundiários, herança da colonização e da monarquia, mantiveram-se no poder.

A Proclamação foi um movimento liderado pelas elites. A primeira república já padecia de vícios capazes de comparação com os regimes mais totalitários. O primeiro decreto de Marechal Deodoro ao implantar a República converge à política dos governadores, com a criação dos Estados, antigas

³⁶² PRADO JUNIOR. Caio. **Formação...**, op., cit. p. 336.

³⁶³ Art. 1.º. “Fica proclamada provisoriamente a República Federativa.” E segundo o art. 7.º. se aguardará o “... pronunciamento definitivo da Nação, livremente expressado pelo sufrágio popular”. Que só aconteceria 104 anos mais tarde. (CASTRO, Celso. **A Proclamação da República**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2000. p. 76).

províncias, no exercício de sua legítima soberania. Marechal Deodoro deveria cumprir um mandato de 04 anos, porém vítima de forte oposição – tentando dar um golpe de Estado – fecha o Congresso Nacional, e renuncia diante da Revolta da Armada, com apenas onze meses de governo. Além da tentativa de golpe de Deodoro, o vice-presidente Floriano Peixoto, assume o governo, afasta os generais, contrariando a recém elaborada Constituição da República Federativa de 1891, que determinava novas eleições caso não houvesse transcorrido metade do mandato da presidência. Entretanto, qualquer conflito era agora resolvido pelas armas. Floriano vitorioso sobre as revoltas dos maragatos e pica-paus, consolida a República.

A Carta Constitucional de 1891 não passou de homologação de um acordo prévio, aprovadas as bases do sistema instalado no poder.

No campo penal, o Código de 1890, obedeceu a um processo que já vinha ocorrendo desde 1850, com a eficácia da proibição do tráfico de escravos o que fez aumentar o tráfico interprovincial para os cafezais do sudeste, no qual a terra era a mercadoria essencial controlada pelos grupos dominantes. O Dec. de n.º 774/1890 anterior ao Código de 1890 já havia abolido a pena de galés, reduzido a 30 anos o cumprimento da prisão perpétua, instituído a prescrição das penas e estabelecido o tempo de prisão preventiva do cômputo da pena em concreto.³⁶⁴

Tal Código não refletiu novos anseios senão uma compilação quase inteira do Código de 1830. As penas eram as de prisão para quase toda maioria dos crimes, o banimento, proscrito afinal em 1891, a reclusão, a prisão com trabalho, prisão disciplinar, interdição, suspensão ou perda do emprego público, inabilitação para o emprego público e multa. Na prática, a intervenção corporal não abandonou o sistema penal, herança do mercantilismo.³⁶⁵

³⁶⁴ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**, op.,cit.p. 41.

³⁶⁵ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.448.

A industrialização conjugada às atividades agro-exportadoras impõem um novo modelo, um direito penal repressivo e capitalista.³⁶⁶

Paralelas ao Código e a anteprojetos para substituição do Código de 1890, apareceram um emaranhado de leis extravagantes contra imigrantes, anarquistas, cáftens etc, pena de morte fuzilamento, previu penas contra vadios e pessoas sem domicílio, com vedação à fiança, e o ingresso no país de imigrantes portadores de deficiências.³⁶⁷ Controlou-se a liberdade de imprensa, o anarquismo e a classe operária.

A pena conservou seu caráter preventivo, repressivo e de dominação social e as penas baseadas na privação da liberdade constituíam-se em prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e disciplinar aos menores de 21 anos, em vigor ainda o banimento, interdição, perda do cargo público e multa.³⁶⁸

As crises econômicas e as relações sociais de dominação, com o coronelismo auxiliando os governadores direcionaram as leis penais contra os desclassificados urbanos, os vadios, os desempregados, como lembram ZAFFARONI e BATISTA: “alvos explícitos do sistema penal da primeira república”.³⁶⁹ O negro e a vadiagem se constituem vítimas desse processo punitivo, apesar da escravatura ter sido abolida.

A luta profilática contra o crime por meio de um poder médico policial incorporado por criminólogos e juristas da medida de segurança européia, preocupa-se com os ociosos, com os incapazes, mendigos e os anormais por meio de laudos empurrando-os para os Institutos Médicos Legais, os manicômios judiciários com terapias abusivas, desde a camisa de força, das detenções solitárias até eletro-choques e eletro-torturas.³⁷⁰

³⁶⁶ Um garoto de dez anos que sofreu uma condenação, foi recolhido para trabalho em estabelecimento disciplinar industrial até os dezessete. (BATISTA. Nilo. In **Os sistemas penais brasileiros. Verso e Reverso do Controle Penal.** (org.) Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Fund Boiteux, 2002 .p. 153).

³⁶⁷ ZAFFARONI.BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 451-454.

³⁶⁸ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**,op.,cit.p.41.

³⁶⁹ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 442.

³⁷⁰ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 444.

A partir de Campos Sales (1898-1902) se consolida a política do “café com leite”, num revezamento de paulistas e mineiros na presidência. O poder político estaria nas mãos dos Estados: São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul até se firmar com a hegemonia do Rio Grande do Sul em 1930 com Getúlio Vargas.

Deputados e senadores são os representantes dos governadores. Deles, sairá o presidente. Os governadores eram eleitos pelo povo, em eleições ilegítimas feitas na base do “bico de pena”. As decisões já estavam prefixadas, pesadas na base das contingências e das conveniências, Estados mais fracos se submetiam aos mais fortes.

Nesta fase, o coronelismo se destaca com grande importância na política. No Império o comando vinha do centro com as nomeações dos presidentes das províncias, ajudados e acobertados pela Guarda Nacional. Na República, se desloca o eixo para os Estados, fortalecendo a política dos governadores. No Império o coronel vem da Guarda Nacional cujo chefe vem de pessoa rica, socialmente qualificada. Manda porque tem reconhecimento, porque tem autoridade na comunidade, é o vizinho, o compadre, o homem do governador, que lhe “puxa” votos. Em troca, recebe e confia cargos. Na República o poder sai das mãos do Presidente que antes era do Império para as mãos do governador – substituiu a farsa eleitoral monárquica pela farsa eleitoral republicana. O coronel funciona da mesma forma, busca votos para o governador, por meio de favores, de trocas de interesses, utilizando o seu próprio patrimônio.

As primeiras leis sobre o sistema eleitoral foram debatidas a portas fechadas, o Decreto de n.º 200-A de 1890 e o Dec. de n.º 511 de 1890 – esse o Regulamento Alvim – tais leis darão os contornos do sistema eleitoral republicano. Vai vincular o chefe político municipal aos governadores de Estado com a atrofia dos núcleos locais.

A defesa da questão operária adentrou o tema da liberdade contratual e mais precisamente sobre o contrato de trabalho. Residiu em saber se caberia ao

Estado a proteção do trabalhador ou se isso era questão afeta ao “*pacta sunt servanda*”.³⁷¹

Reprimiu-se absurdamente grevistas e sindicatos. Os operários não detinham representação no Parlamento, então a regulação do trabalho estava fadada ao insucesso. Nas fábricas a vigilância dos operários e a espionagem policial das associações laborativas se tornam frequentes e institucionalizadas. A questão social, era um caso de polícia.³⁷² No campo penal, a arbitrariedade e desumanidade que vinha sendo utilizado no período escravista se manteve na república, configurada agora de forma imperativa, velada pela questão da segurança nacional, como traça ZAFFARONI e BATISTA: “na bandeira republicana, de ordem.”³⁷³ A ida e visitação a certos lugares, mormente distantes do trabalho configurava crime. A vagabundagem era suspeita, a filiação a partidos e intenções esquerdistas podia se materializar em crime, originada por uma simples greve. As medidas proscritivas destinavam os condenados a ilhas marítimas (imigrantes, cáftens, revoltosos, capoeiras, opositoristas políticos, etc) sendo que para tais medidas não se observou a abolição constitucional da pena de banimento. As de natureza institucionalizante, influenciadas pelas naturezas especiais correcionais (conhecimentos de medicina e policiais) utilizadas em escolas, penitenciárias, hospitais, manicômios e colônias correcionais para adeptos da mendicância, vagabundagem, loucos, desordeiros, capoeiras e até menores.³⁷⁴

Para isso, as barreiras políticas haveriam de ser transpostas. A República não trouxe a tão sonhada soberania popular, mas a soberania da elite – uma

³⁷¹Rui Barbosa sempre cauteloso aborda o tema da seguinte maneira: “[...] a revisão constitucional baixou, para nós, das regiões da teoria, da aspiração abstrata, dos sonhos de regeneração para a terra firme da prática instantânea, para o campo das exigências imediatas de governo. Trouxeram ao Brasil, criaram no Brasil a questão social. Ela urge conosco por medidas, que com seriedade atendam aos seus mais imperiosos reclamos. Mas como é que lhe atenderíamos nos limites estritos do nosso direito constitucional? Ante os nossos princípios constitucionais, a liberdade dos contratos é absoluta, o capitalista, o industrial, o patrão estão ao abrigo de interferências da lei, a tal respeito.” (FAORO. **Os donos...**, op., cit.p.684).

³⁷²ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.458.

³⁷³ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p. 457.

³⁷⁴ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.458.

oligarquia confiada as governadores – continuaria tudo nos mesmos moldes – seriam eleitos os velhos presidentes de províncias – agora governadores, protegidos pelos coronéis.

O Regulamento eleitoral ainda no governo provisório provocou conturbação. Se faria constituir da República uma lista dos “eleitos” senadores e deputados, dentre os nomes, configuram pessoas totalmente desconhecidas. Os conchavos facciosos, puro nepotismo, tão comum na política brasileira entregou o município que antes pertencia ao Imperador nas mãos dos governadores, determinando a Constituinte no art. 68, a liberdade aos Estados de organizarem os municípios com a nomeação dos prefeitos.³⁷⁵ O município é dependente do governo de Estado, que lhe dispõe toda assistência, carente em obras e recursos, na base municipal se faz a mesa eleitoral para benefício do governador. Nos Estados de poucos recursos a figura do coronel é especialmente útil. As prefeituras, com prefeitos nomeados se distanciam do povo, das paixões e das lutas sociais, livre para defesa dos interesses dos governos.³⁷⁶

Muitas incompatibilidades se deram no processo eleitoral com lista incompleta, voto cumulativo para representação da minoria, a apuração mesas eleitorais com os agentes do governo. Na prática o “bico de pena” substituiu a eleição e a “degola” as apurações dos votos, a força policial era utilizada em favor da situação, destaca FAORO.³⁷⁷

A eleição era o argumento para legitimar o poder e não a expressão sincera da vontade do povo.³⁷⁸ Entre o Estado e as eleições locais o coronel

³⁷⁵ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.703-704.

³⁷⁶ Ruy BARBOSA a esse propósito se insurgira: “Não se pode imaginar existência de nação, existência de povo constituído, existência de Estado, sem vida municipal. Vida que não lhe é própria, vida que seja de empréstimo, vida que não for livre, não é vida. Viver do alheio, viver por outrem, viver sujeito à ação estranha, não se chama viver senão fermentar e apodrecer.” (FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.706).

³⁷⁷ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.707.

³⁷⁸ As farsas eleitoreiras eram tão repugnantes que FAORO denuncia num relato de 1899 no estado de Pernambuco: “(.): o presidente de uma mesa eleitoral convoca um menino de dez anos para o serviço eleitoral. “Lavrada a ata”, conta o futuro chefe político – “teve lugar a votação, numa lista em que, realmente, assinaram apenas os membros da mesa, porque as demais assinaturas, de quase uma centena de eleitores, foram rabiscadas por mim e alguns dos mesários, bem assim por diversos curiosos que ali apareceram [...]” “Terminada a votação

cumpra papel delineador e decisivo. O governador tem um coronel, poderoso, normalmente rico que lhe representa, alicia o voto, usa do aparato administrativo para fins privados, por afinidade. Eleito o governador, o coronel indica cargos e fomenta o círculo vicioso. Entretanto, o coronelismo foi ameaçado pela urbanização e pela agitação, pelas desnecessidades dos favores prestados e pela democratização e educação do povo.

A história revela que o tempo não consolidou a república. Que a representação continuou precária senão até nossos dias, até bem próximo deles, com a eleição “bico de pena”, com os votos de cabresto, avolumada a precariedade pelas violentas perseguições aos candidatos opositoristas.³⁷⁹

Durante a primeira grande guerra, a república estava atenta aos fazendeiros de café, e descontente a classe média e a burguesia com um judiciário vinculado a conchavos, obediente ao estadualismo.³⁸⁰ Dera-se continuidade à defesa das oligarquias, ora utilizando a Constituição Federal, ora desprezando-a.

Nos governos posteriores as garantias individuais foram suspensas, o povo temia as arbitrarias prisões. Revoltas no sul e perda da legitimidade presidencial com políticas estaduais para uma minoria de Estados. Seguiu-se o coronelismo enfraquecido, o tenentismo, o comunismo e a revolução operária agitando vozes no panorama nacional. A classe média reclamava por direitos

simbólica, a mesa eleitoral extraía logo os boletins, que eram por todos assinados (inclusive os fiscais!) para serem enviados a alguns candidatos, amigos do meu pai, que assim desejava documentá-los para defenderem seus direitos perante as juntas apuradoras, nas sedes dos distritos eleitorais. (FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.733).

³⁷⁹ Em 1930 para as eleições de presidente e vice, todas as urnas eram conduzidas para a residência do chefe situacionista no final da votação, local no qual foram apuradas e divulgados os resultados. Os fiscais não adentraram a residência, permanecendo do lado de fora. Em Alagoas o eleitorado da Aliança Liberal não pode comparecer para votar. A polícia local por meio de um de seus tenentes, nomeado delegado “intimou meu tio materno Napoleão Siqueira, a abster-se de votar, com os seus eleitores, sob pena de sair-se mal! Meu tio foi à presença do juiz de Direito, mas este lhe fez ver que nada podia fazer. E, por todo o interior, as coisas deviam ter corrido do mesmo modo...” FAORO. **Os donos...**, op., cit. p.733-734).

³⁸⁰ “Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de Estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.” Foi dessa forma que Rui Barbosa exprimiu sua decepção à pusilanimidade do mais alto escalão judicial” (FAORO. **Os donos do Poder...**, op., cit. p.735).

humanos e por democracia, pelo desligamento dos vínculos elitistas. Movimentos antiliberais propunham mudanças, percorrendo o país.

Mesmo nas campanhas para a nova presidência em 1929, a democracia não se firmara. O Presidente Washington Luis tem em mãos a decisão da sucessão presidencial, contando com o Banco do Brasil e forças armadas para socorrer as oligarquias. Minas Gerais tem Antonio Carlos Andrade como candidato e o Rio Grande do Sul tem Getulio Vargas, o candidato das oligarquias.³⁸¹ Mas Washington Luis lança Julio Prestes, governador de São Paulo, em vez de Andrade, que organizou uma frente oposicionista a Vargas e seu vice-presidente João Pessoa. Julio Prestes apoiado pela antiga máquina vence as eleições. Diante do movimento revolucionário iniciado por Carlos Andrade, Washington não deixou o poder, entretanto por meio de um golpe Washington foi deposto e uma junta governante assumiu o poder entregando-o a Vargas. O novo governo foi controlado por um sistema militar e se operou o enfraquecimento do coronelismo e das oligarquias, que afinal não aceitaram a perda do poder, estourando a Revolução de 1932. Uma intervenção calou os revoltosos.

A concepção da democracia liberal foi tolhida pelo autoritarismo e o alargamento do poder interventivo do Estado, motivado pela necessidade de atendimento dos interesses sociais. O liberalismo havia tolerado a dominação dos fortes, mas a liberdade agora estava sendo sacrificada em prol dos interesses sociais.

A Constituição de 1934, outorgada pelo governo, sem consulta popular e com parlamento fechado, nomeados interventores em substituição aos governadores,³⁸² teria eleições livres, voto secreto, voto das mulheres e supervisão eleitoral. Prometia a nacionalização dos bancos, das minas e das de tratamento da água, proteção aos operários com a instituição da justiça do trabalho e toda uma gama de direitos trabalhistas. Sistema presidencialista com

³⁸¹ FAORO. **Os donos...**, op., cit. p. 764.

³⁸² PIERUCCI, Antonio Flavio de Oliveira. [et al]. **História Geral da Civilização Brasileira. III. O Brasil República 4. Economia e Cultura. (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1995. p. 324.

mandato de 4 anos, regime federativo e criação de vários institutos. O avanço do comunismo e a Intentona de 1935 fizeram permanecer Vargas no quadriênio 1934-1938 impedindo mineiros e paulistas no poder. Época de sucessivos golpes com o cancelamento das eleições, suspensão das liberdades individuais, extinção dos partidos políticos, fechamento do Congresso Nacional e outorga de uma nova constituição.

Um governo populista responsável por programas nacionalistas na defesa e a posse das explorações de energia e riqueza, com o Código de Águas e Código de Minas de 1934, a criação da Cia. Siderúrgica Nacional, a Petrobrás, Eletrobrás, revitalização do Departamento Nacional do Café, delimitação de juros, redução de dívidas rurais, criação da carteira de crédito agrícola, criação do Ministério do Trabalho com a sindicalização que acalma a liga operária, tão desprezada pelo antigo presidente.

A Constituição de 1937 caracterizava-se pela centralização e hipertrofia do poder executivo, suspensão da autonomia estadual e censura nos meios de comunicação. Demonstrou rigidez com os revoltosos, sindicatos, um aumento do número de prisões e exílio de líderes políticos, criação do DIP e Polícia secreta. Previu um rol de crimes contra a segurança nacional e a estrutura das instituições, submetidos a processos especiais. O Dec. Lei de n.º 88, de 1937, levou esses crimes para o TSN,³⁸³ de caráter policialesco, decisões monocráticas e as apelações irrecorríveis. Abrangeu os crimes contra a economia popular. Possibilitou a pena de morte por fuzilamento para crimes políticos e homicídio qualificado³⁸⁴. Foram elevadas penas de vários crimes, com a prisão celular para privação de liberdade, sendo que o Ministro da Justiça poderia converter em qualquer tempo em internação em estabelecimentos especiais ou colônias penais agrícolas. A pena de morte significou um caráter pedagógico e intimidativo, pois nunca fora executada.³⁸⁵

O Código Penal de 1940 tem suas raízes na revolução de 30, exprime, no dizer de ZAFFARONI e BATISTA, “uma reação contra o federalismo exacerbado

³⁸³ Tribunal Superior Nacional. Órgão para julgamento em tempo de guerra.

³⁸⁴ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.469.

³⁸⁵ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.469.

da primeira República, que se materializa na ‘política dos governadores’ apoiada no mandonismo local dos ‘coronéis’.³⁸⁶ Foi um diploma tecnicista com desprezo à criminologia, que foi banida dos cursos e das discussões intelectuais até os anos 70.³⁸⁷

O anteprojeto de Alcântara Machado, entregue da Parte Geral do Código e em agosto a parte especial, modelo brasileiro do Código Rocco, foi alvo de muitos reparos, alterado profundamente,³⁸⁸ suprimido o capítulo sobre a menoridade penal, diferenciou crime e contravenção, diminuiu as especificações dos crimes contra a segurança nacional, renunciou à pena de morte, retirou do texto a classificação positivista dos criminosos.

Em 1940, o “Estado Novo” aprova o Código Penal de 1940, que não foi uma influência positivista, apesar da Exposição de Motivos traçar uma conciliação entre os postulados clássicos e princípios da Escola Positiva. Embora elaborado sob regime ditatorial, teve como base um direito punitivo democrático e liberal.³⁸⁹ Mas deu vazão ao vigilantismo e à intensa abordagem policial com os DOPS/DOI-CODI.

Contemplou vários princípios, dividiu as penas em principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (perda da função pública, interdições de direitos e publicação da sentença). Previu o duplo binário etc. A parte especial foi dividida em onze títulos, começando com os crimes contra a pessoa e seguiu-se os contra o patrimônio, etc.³⁹⁰

A legislação extravagante, conforme o que dispõem ZAFFARONI e BATISTA contemplou uma restrição do poder punitivo,³⁹¹ criou delitos fiscais e previdenciários, contra a economia popular, delitos contra o meio-ambiente e

³⁸⁶ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.459.

³⁸⁷ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**, op., cit. p.43.

³⁸⁸ A Comissão Revisora nomeada pelo Ministro da Justiça foi composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz e a contribuição à distância de Costa e Silva. As alterações feitas foram motivos de calorosos ressentimentos entre Hungria e Alcântara Machado.

³⁸⁹ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito ...**, op., cit. p.464.

³⁹⁰ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.473-474.

³⁹¹ Nas disposições sobre a segurança nacional, recepção e lei de imprensa.

delitos na administração pública³⁹² e ainda delitos contra genocídio, discriminação racial, abandono moral.³⁹³

A repressão política era assegurada em várias leis. A Lei de n.º 1.802 de 5/01/53 que protegia crimes políticos, foi revogada em 1967 pelo Dec. Lei de n.º 314 de 13/05/67 que punia atos preparatórios, trazia prisão perpétua, morte e expulsão de estrangeiro, criou agências num subsistema penal com o DOPS/DOI-CODI,³⁹⁴ que entre 1968 e 1974 torturou, matou e ocultou cadáveres de centenas de pessoas, ZAFFARONI e BATISTA retratam.³⁹⁵ O esquadrão da morte executou agentes de crimes patrimoniais, mendigos e militantes “rebeldes”.³⁹⁶

Manifestações pela volta à democracia surgiram com a UNE e a OAB e com o Manifesto dos Mineiros. Vargas fez concessões, anistiando todos os presos políticos, por meio do Dec. Lei de n.º 7.474 de 18/04/45. Possibilitou a formação de partidos³⁹⁷ e marcou eleições para sua sucessão. Mas manteve-se rígido com estrangeiros, permanentemente vigiados e distantes de funções públicas.³⁹⁸

Economicamente, o processo de industrialização no Brasil se iniciou junto com o processo de republicanização, a 1.ª etapa deste processo foi de 1888 a 1933 – a economia cafeeira³⁹⁹ era mais robusta que a indústria que era basicamente de bens de consumo assalariados, sendo que a 2.ª etapa se deu entre os anos de 1933 e 1955. No final da 1.ª Guerra aumentou-se sobremaneira o setor industrial e diminuiu

³⁹² Crimes de responsabilidade, comissões parlamentares de inquérito, crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores, crimes praticados contra a administração indireta etc.

³⁹³ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.476-477.

³⁹⁴ Departamento de Ordem Política e Social – DOPS – Destacamento de Operações de Informações – DOI – Centro de Operações de Defesa Interna – CODI.

³⁹⁵ Uma relação de 125 “desaparecidos” em AA.VV Brasil: Nunca Mais, Petrópolis, ed. Vozes, p. 291 Apud . ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.478.

³⁹⁶ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.478-479.

³⁹⁷ Surgiram os seguintes partidos: PSD – que simpatizavam com o getulismo, UDN – anti-getulista, PTB – total apoio a Getúlio, PCB – de ideais comunistas.

³⁹⁸ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.470.

³⁹⁹ Pelo menos 90 por cento da renda gerada pela economia açucareira se concentra nas mãos da classe de proprietários de engenhos e de plantações de cana. FURTADO. Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 32.ª ed. 2005. p. 51.

vertiginosamente o setor cafeeiro.⁴⁰⁰ O que acabou provocando um êxodo rural das lavouras de café para os grandes centros urbanos em especial o de São Paulo.

De 1946 a 1951 o Brasil foi palco de uma redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1946, os direitos e liberdades individuais foram restaurados, proibida a pena de morte, o banimento e o confisco. O poder punitivo estadual foi limitado e destacou-se a individualização e a personalidade da pena.⁴⁰¹

Em 1951, Vargas retorna ao poder, adotando a reiterada política populista e nacionalista. Instituiu o monopólio sobre a exploração e refinamento de petróleo.⁴⁰² Em 24 de agosto de 1954 Getúlio se suicidou⁴⁰³, sendo o seu vice Café Filho, que não chegou a completar o mandato. Juscelino venceu as eleições de 1955. Foi elaborada uma Comissão Mista Brasil-Estados Unidos com a viabilização de um projeto de investimentos no setor de serviços, energia e transportes – financiado pelas Agências Internacionais que significou a entrada do Brasil na era de investimentos.

Em 1956, com a era da industrialização pesada, o governo de Juscelino Kubitschek caracterizou-se por um liberalismo e dependência, sobretudo dos Estados Unidos⁴⁰⁴.

Com a lei de n.º 3.274/1957 houve a previsão da individualização da pena, da classificação dos delinquentes, da separação dos condenados dos presos provisórios, oferecimento de trabalho assalariado aos detentos e condenados,

⁴⁰⁰ARRUDA. José Robson de A. **História Moderna e Contemporânea**. 16.^a ed. São Paulo. Ática. 1983. p. 418.

⁴⁰¹SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**, op.cit.p.44.

⁴⁰²Na carta testamento que antecipou o seu suicídio, Vargas denunciou: “(...) tive de renunciar. Voltei ao governo nos braços do povo. A campanha subterrânea dos grupos internacionais aliou-se à dos grupos nacionais revoltados contra o regime de garantia do trabalho. A lei de lucros extraordinários foi detida no Congresso. Contra a injustiça da revisão do salário mínimo se desencadearam os ódios. Quis criar a liberdade nacional na potencialização das nossas riquezas através da Petrobrás e, mal começa esta a funcionar, a onda de agitação se avoluma. A Eletrobrás foi obstaculizada até o desespero. Não querem que o trabalhador seja livre. Não querem que o povo seja independente. (...)” (CARONE, Edgard. **Corpo e Alma do Brasil. A Quarta República (1945-1964)**. São Paulo, Rio de Janeiro: Difel. 1980. p. 58-9).

⁴⁰³O jornal Correio da Manhã pede a renúncia de Getúlio Vargas em 09 de agosto de 1954: “Só há, pois, uma solução: a renúncia do Sr. Getúlio Vargas ao cargo de Presidente.” (CARONE. Edgard. **Corpo e Alma...**, op.cit.,p.56.)

⁴⁰⁴Volumosos empréstimos na cifra de milhões de dólares aumentaram a dívida externa.

educação moral, intelectual, física e profissional, com assistência social aos sentenciados, egressos e às famílias do réu e das vítimas.⁴⁰⁵

De 1962 a 1967 houve uma recessão econômica avassaladora, sobretudo em razão da inflação acelerada, redução dos salários e crescimento das migrações dos campos para áreas urbanas. Cresceu o populismo, uma fase de conflitos populares e de movimentos para uma tentativa de liberalização política – tensões sociais e políticas provocando o afastamento do capital estrangeiro.

João Goulart tentou operar uma reforma agrária, e a nacionalização das refinarias de petróleo, mas se obrigou a deixar o país.

O governo Jânio Quadros havia solicitado a Nelson Hungria um anteprojeto de Código Penal, tendo suscitado muitos comentários, mas acabou por não ocorrer, inobstante editado, nunca entrou em vigor.⁴⁰⁶

Em 1964 foi criado o Comando Supremo da Revolução e em seguida escolheram o Marechal Castelo Branco para presidente, dando início a um processo de marginalização de todos os que haviam colaborado ou operado nas bases do governo anterior, e conferindo ao Presidente a possibilidade de baixar atos institucionais e inclusive promovendo cassação, suspensão de direitos políticos e dissolução do Congresso Nacional. Essa fase ficou demarcada na história brasileira como uma era de dura repressão militar, perpetuando um terrorismo sem tamanho e criminalizando condutas, impondo penas ao alvedrio dos militares. A função finalística da pena se manteve, mas as garantias da legislação eram sufocadas pela ditadura militar, com uma polícia dura e armada.⁴⁰⁷

Em 1967 uma nova Constituição Federal substituiu a de 1946, assinalando a eleição indireta para presidência da República por meio do Congresso Nacional. O presidente Costa e Silva praticamente revogou a Constituição de 1967, através do Ato Institucional de n.º 5 de 1968 que dava amplos poderes presidenciais para cassar mandatos, suspender direitos políticos e legislar em substituição ao

⁴⁰⁵ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**, op., cit. p.44.

⁴⁰⁶ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**, op., cit. p.479.

⁴⁰⁷ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**, op., cit. p.44.

Congresso, inclusive abafar movimentos populares. Mas ainda assim houve uma onda de sequestros e movimentos.⁴⁰⁸

O vice-presidente Pedro Aleixo ficou encarregado de elaborar uma nova Constituição que incluísse os dispositivos do Ato Institucional de n.º 5, entretanto Costa e Silva adoeceu e o poder passou a ser exercido por uma junta em flagrante afastamento do vice que deveria ter sido o sucessor. Em seguida, o poder foi transferido para o General Emilio Garrastazu Médici em 1964 em que se deu a diminuição da inflação e aumento do desenvolvimento econômico.

Juntamente com a Lei de Segurança Nacional, foi o Código Penal de 1969, outorgado, pela Junta Militar, fazendo ressurgir a pena de morte, a prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes considerados políticos. A pena tinha caráter de prevenção e a execução da pena a recuperação do condenado, previa o regime de semiliberdade para condenados não superior a seis anos de pouca ou nenhuma periculosidade e a substituição da pena de detenção não superior a seis meses por multa, desde que o réu fosse primário.⁴⁰⁹ Entretanto não entrou em vigor, com sua vigência por várias vezes adiada, sendo que foi revogado pela Lei de n.º 6.578/1978.⁴¹⁰

Em 1974, quando Geisel subiu à presidência se operou reformas no Judiciário.⁴¹¹ Revogou medidas repressivas do Regime de Exceção de 1964 e no final do mandato uma época de abertura à democratização continuada com Oliveira Figueiredo, que aprovou a Lei da Anistia fazendo retornar os exilados e a aprovação dos sindicatos.⁴¹²

A lei de n.º 6.416 de 24/05/77 trouxe um embrionário processo de unificação das penas, a criação de regimes de execução comuns e benefícios na

⁴⁰⁸ O Comando Vermelho foi responsável por inúmeros assaltos e sequestros. As deliberações vinham de políticos detentos, que controlavam o movimento de dentro das celas. MISSE, Michel. **Crime e Violência** ..., op.,cit.p.

⁴⁰⁹ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR. **Teoria da Pena...**,op.,cit. p.44.

⁴¹⁰ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit. p.479.

⁴¹¹ ARRUDA.**História Moderna...**,op., cit.p.425.

⁴¹² BARROSO. Luís Roberto. **Dez Anos de Constituição de 1988. (Foi bom para você também?)** In A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. Centro de Estudos Konrad Adenauer Stiftung. Debates. Ano 1999. n.º 20. p. 22-24.

ressocialização do preso - matéria a ser regulamentada a nível estadual. Previu caducidade da reincidência aos cinco anos, modificando enfim o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais.⁴¹³

A centralização do poder político depois dos anos 30, enfraqueceu o poder punitivo local e patronal que andava vinculado ainda aos coronéis. Mas isto não significou uma melhora no sistema e acobertado pelo manto da industrialização apareceu a figura sombria e macabra das penitenciárias agrícolas e industriais no Brasil. A dicotomia entre o estado do bem estar social e a necessidade de aprisionamento fruto da industrialização, começa a aparecer nos discursos penais sobre a redução das penas privativas de liberdade e descriminalização.⁴¹⁴

A comunidade jurídica inicia um processo de cobrança para a Convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte a partir do ano de 1980. Aprova-se a Declaração de Manaus com a devolução de seus direitos ao povo brasileiro.

O Ministério da Justiça, em 1980, já de posse de novos paradigmas, encaminha uma comissão de juristas para a reforma do Código Penal de 1940, aos Francisco de Assis Toledo e Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Helio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e o paranaense René Ariel Dotti, publicado em 81, submetido a outra comissão, culminando na lei de n.º 7.209 de 11/07/84, entrando em vigor em 1985, juntamente com a Lei de Execuções Penais lei de n.º 7210 de 11.07.84.⁴¹⁵

Na reforma de 1984, foram unificadas as penas privativas de liberdade, deu-se importância à primariedade, contemplou os regimes fechado, semi-aberto e aberto, agora de forma progressiva. Contemplou as penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, funcionando como substituto da privativa de liberdade até um ano ou sem limites, quando crime culposos. A pena de multa retornou aos dias-multa. A

⁴¹³ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.479-480.

⁴¹⁴ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.481.

⁴¹⁵ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.482.

aplicação da pena passou a sofrer sistema trifásico. Aperfeiçoou a suspensão condicional da pena, reconheceu a prescrição retroativa etc.⁴¹⁶

Amplio movimento popular e multi partidarista conclama eleições diretas para Presidente da República, o famoso “Diretas Já” com a participação da juventude, em que centenas de milhares de brasileiros vão às ruas e se instalam em Brasília na Praça dos Três Poderes.

O acordo feito por ocasião da vitória de Tancredo Neves, mesmo após seu falecimento, da convocação de uma assembléia nacional, fora mantido por Sarney e editadas as Emendas Constitucionais de n.º 26 e 27 de novembro de 1985, convocando uma Assembléia Nacional Constituinte para a elaboração da Nova Carta.

A nova Constituição, contempladora de inúmeros direitos e garantias individuais, amplamente democrática e asseguradora de direitos, entrou em vigor no final de 1988, transportando o Brasil para uma nova fase.

Paradoxalmente, o governo do primeiro presidente eleito diretamente, Collor de Melo, deflagrou um audacioso plano econômico, de constitucionalidade suspeita, arbitrando um verdadeiro “confisco” de quase 50% de todos os valores em ativos e cadernetas de poupança no Brasil. Com o apoio da opinião pública e da mídia no início, no entanto dois anos depois, motivado por conflitos familiares, o governo de Collor desmoronou.

Outro movimento amplamente popular se iniciou exigindo o “*impeachment*” do então presidente eleito pelo povo, que renunciou após a deliberação de 16 a 5 votos da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigaria o caso.

O governo de Fernando Henrique Cardoso se notabilizou por um processo de intenso liberalismo econômico e político, privatizando indústrias e empresas brasileiras, como a Vale do Rio Doce, empresas de telefonia e telefonia celular e a criação de agências nacionais, como a ANP, ANEL e ANATEL, sendo que o processo de privatização se seguiu também nos estados. Uma das características de

⁴¹⁶ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.482-483.

seu governo foi conter a inflação, embora de posse de um arsenal de medidas provisórias.

O governo de Luis Inácio “Lula” da Silva apesar de ideologia socialista, fez a abertura de mercados para o leste asiático, abrindo canais de comunicação com a China e Índia. Conteve o processo inflacionário e aumentou o número de empregos, porém tem governado sob o manto de uma enxurrada de medidas provisórias, num flagrante império do executivo.

Destacam ZAFFARONI e BATISTA que o sistema penal do empreendimento neoliberal, deu ênfase no controle dos contingentes econômicos marginalizados:

“mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora)”⁴¹⁷.

Para os consumidores proveu-se alternativas à prisão e para os não-consumidores os crimes hediondos e encarceramento neutralizante.⁴¹⁸

A chamada Lei do Crime Organizado faz surgir um juiz inquisidor, que impede a liberdade provisória e a apelação em liberdade. As Leis Serra elevando as penas dos crimes contra a saúde pública e que os inclui entre os crimes hediondos e a Lei Maria da Penha, a Lei da Escuta Telefônica, com o forte intento de aplacar o crime tem aumentando grandemente o caos do sistema brasileiro que está entre os mais precários e desumanos do mundo.

A questão causal da criminalidade tem sido flagrantemente negligenciada, abafada pelo enrijecimento legislativo, fazendo avolumar a própria criminalidade.

Algumas leis, entretanto, foram positivas e tem surtido bons efeitos como a Lei de n.º 9.807 de 13/07/1999 que atribui à delação eficaz o perdão judicial, beneficiando os réus que colaboram para a elucidação e efetivação da condenação, a

⁴¹⁷ ZAFFARONI. BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. **Direito...**,op.,cit.p.484-485.

⁴¹⁸ BATISTA. Nilo. **Os sistemas penais brasileiros...**,op.,cit.p.154/155.

Lei de n.º 11.719/2008 que recentemente alterou o Código de Processo Penal fazendo diminuir os prazos processuais, tornou os procedimentos mais céleres, determinando a presença de advogado na audiência e a Lei de n.º 11.343/2006 que fez recair a competência do uso de entorpecentes ao Juizado Especial Criminal, determinando penas de advertência, prestação de serviço, medidas educativas a programas ou cursos.

3.3 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA UM SISTEMA PENAL VERDADEIRAMENTE REPUBLICANO

3.3.1 Os Movimentos “*Law and Order*” e “Tolerância Zero”

Os movimentos em favor de práticas rigorosas de policiamento estrangeiros e de enrijecimento de penas, principalmente da Inglaterra e País de Gales e dos Estados Unidos têm influenciado movimentos no Brasil, com os mesmos contornos, as vezes com contornos diferenciados, mas reservando um pacote de medidas repressivas de policiamento, investigação, supervisão, intimidação, penas mais altas para ofensores reincidentes, diminuição de benefícios, obstrução à prestações de serviços comunitários e facilitação para penas de encarceramento. Do lado britânico a herança do soar retumbante da “prisão que funciona”⁴¹⁹ e do lado norte-americano “medidas que não admitem tolerância”. Ambos, quase um direito penal do inimigo público, que criminaliza pessoas consideradas “subversivas”, “terroristas” etc.

⁴¹⁹ Prison Works é o nome de um famoso discurso britânico feito por Michael Howard, Ministro do Interior na Conferência do Partido Conservador em Blackpool na data de 06/10/1993. As palavras se tornaram conhecidas pela seguinte frase de HOWARD: “Sejamos claros. A prisão funciona. Ela nos dá a segurança de estarmos protegidos dos assassinos, dos agressores e dos estupradores, e isto faz pensar duas vezes aquele que é atraído pelo crime.” “que mais pessoas acabem na prisão não me detém.” “Não julgaremos mais o sucesso de nosso sistema judiciário pela queda da população carcerária.” GARLAND. David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: O Caso Britânico. In **Revista de Sociologia e Política**. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n.o. 13, 1999. p. 73.

O Movimento “*Law and Order*” na Inglaterra e País de Gales apareceu nos debates para as eleições de 1945 a 1992. Foi nos anos 60 que se tornou intenso, com as taxas criminais crescendo, e o crime reapareceu nos discursos partidaristas, mais efetivamente o seu combate. Acabou sendo copiado por muitas outras nações, causando o enrijecimento das penas, idealizando e inspirando movimentos para construções de prisões e policiamentos intensivos.

O Partido Conservador implementou um conjunto de medidas específicas incluindo maiores orçamentos para o emprego do “*law and order*”: mais prisões, mais varas e mais policiamento, seguidos de penas mais duras para os crimes.⁴²⁰ De 1980 a 1993 os liberais produziram o que DOWNES e MORGAN chamaram de o mais radical pacote de medidas legais que os conservadores já haviam produzido.⁴²¹

Apesar das reformas implementadas a partir de 1987, do movimento “*deep in society*”⁴²² que considerava o crime uma resposta social, com o incentivando das pesquisas acadêmicas criminológicas, o desencarceramento que se seguiu, a queda da população carcerária de 50.000 em 1987 para 42.000 em 1991 e o “1991 Criminal Justice Act” adotando um “*desert*” mínimo nas sentenças que diminuiu as penas de prisões para pequenos ladrões, a inflação e o desemprego em 1992 provocou aumentos nas taxas criminais em 50% entre 1989 e 1992. então Tony Blair, o novo Secretário de Estado começou a mudar os rumos dos avanços, atacou o “1991 Criminal Justice Act”, deu ênfase ao “*just deserts*” para ofensas atuais mais do que para condenações prévias. Atacou os custos e operou no Estado uma recusa de vincular o crime a uma questão social.⁴²³ A política do “*law and order*”⁴²⁴ era agora a do “*tough on crime, tough on the causes of crime*”⁴²⁵, o que significava que o crime, os criminosos e as causas do crime deveriam ser enfrentados com dureza e

⁴²⁰ DOWNES David e MORGAN Rod. *The Skeleton in The Cupboard. The Politics of Law and Order at the turn of the millennium*. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. Third Edition. New York: Oxford University Press. 2002. p. 288-289.

⁴²¹ DOWNES e MORGAN **The Skeleton...**, op.,cit.p.295

⁴²² Trad. Livre. Fundo na sociedade. Política que ligou o crime às questões sociais.

⁴²³ DOWNES e MORGAN **The Skeleton...**, op.,cit.p.295

⁴²⁴ Trad. Livre. Lei e ordem.

⁴²⁵ Trad. Livre. Duro no crime, duro nas causas do crime.

que a culpa era dos conservadores que antes dele não haviam atacado as causas do crime.⁴²⁶

No governo de TORY um aumento exorbitante do crime de 1989 a 1993 alarmou a opinião pública foi quando Michael HOWARD, primeiro secretário de Estado fez o notável e famoso discurso conhecido por “*Prison Works*” para a conferência de TORY. Seguiu-se a extinção dos avanços do “*1991 Criminal Justice Act*”. Foram retiradas as unificações das multas e as vincularam à rendas disponíveis, retiraram a desconsideração de condenação prévia na sentença. Em 1997 a população carcerária cresceu de 65.000 para algo como 50% maior numa década. Essas medidas duras foram seguidas por Blair e Straw. O “Tolerância Zero” nova-iorquino foi aplaudido. O foco agora era combater as incivildades, os mercadores ilegais e os pedintes, vagabundos com uma polícia dura nas ruas. As medidas na recuperação da economia e do emprego acabaram coincidindo com as medidas operadas pelo “*1992 Criminal Justice Act*”, e DOWNES e MORGAN denominam de uma ironia, já que por forças das medidas econômicas as taxas criminais despencaram.

Mas mesmo assim não admitiam que o crime estava estritamente ligado à questões sociais e econômicas. Uma grande redução nos gastos públicos foi operada no governo Blair, diminuindo os recursos para serviços públicos e retirada do apoio aos governos locais para prevenção do crime o que acarretou duras medidas com os “*anti social behavior orders*” (mandados para comportamentos anti-sociais), desincentivaram os “*neighbours from hell*” (vizinhos do inferno), exigindo provas mais de processo civil do que de processo criminal, ativou a sentença dura para “*burglaries*” (ladrões) reincidentes, tráfico de drogas, violência, violência sexual, aumentaram os “*curfews*” (toques de recolher) para jovens, monitoramento eletrônico para as primeiras saídas da prisão, acabaram com o “*doli incapax*”⁴²⁷, reduziram a idade penal para 10 anos com sentenças punitivas para os pais.

⁴²⁶ DOWNES e MORGAN *The Skeleton...*, op.,cit.p.296.

⁴²⁷ A “*doli incapax*” é uma cláusula legal de inimputabilidade penal aos menores de quatorze anos. Foi abolida pelo “*Crime and Disorder Act 1998*”, reservando a inimputabilidade só para os menores de dez anos.

Aumentaram as possibilidades de delação premiada e privaram os ofensores de serviços comunitários.⁴²⁸ Taxas criminais baixas se seguiram, em 20% entre os anos de 1995 a 1999, policiamento foi reduzido porque as prisões estavam abauladas e os agentes “nos trilhos”. DOWNES e MORGAN revelam que este seria um momento oportuno para operar um desencarceramento. Porém, o partido trabalhista manteve a legislação dura, criou o confisco do patrimônio do ofensor, reforçou a prova de processo civil em vez da penal, manteve as penas para ofensores reincidentes, seguiu-se um apelo da opinião pública que veio do “Tolerância Zero” e do “*Prison Works*” (Prisão Funciona) e como se não bastasse o abalo em setembro de 2001 do *World Trade Center* introduziu outras medidas duras de combate ao terrorismo na “*Anti Terror Bill*”⁴²⁹.

Já, o Movimento “Tolerância Zero” foi um movimento no início dos anos 90 em Nova York feito pelo então prefeito Rudolph Giuliani. O programa se assentava em dois eixos: o endurecimento da política do “*Broken Windows*”⁴³⁰ e a reorganização e descentralização dos departamentos de polícia. O movimento incluía um fortalecimento dos poderes policiais, autorizados a agirem de forma repressiva diante de qualquer infração legal. Acoplou a tecnologia da informação diminuindo a burocracia com táticas de inteligência de combate ao crime e avaliação de resultados, esta, de conceitos de organização empresariais. Foi alvo de inúmeras críticas motivadas pelo desprezo aos direitos humanos e que a diminuição das taxas criminais não foi em razão do programa mas sim dos avanços sociais e do aumento de recursos para as áreas sociais. As comissões de direitos humanos criticaram alegando que o programa foi uma criminalização da miséria abrindo espaço para o preconceito racial e a brutalidade. Conforme a Agência da Justiça Criminal da cidade de Nova Iorque para o ano de 2003 apontou que negros e latinos

⁴²⁸ DOWNES e MORGAN *The Skeleton...*, op.,cit.p.297.

⁴²⁹ DOWNES e MORGAN *The Skeleton...*, op.,cit.p.298

⁴³⁰ Nome de um artigo publicado em 1982 por Kelling e James Q. Wilson no qual adotam a teoria de que uma janela quebrada numa residência que não seja reparada, dá lugar a que outras sejam quebradas. Se as desordens não forem contidas a tempo, da mesma forma darão espaço para infrações mais graves.

representavam 78% do total de pessoas presas, total esse que avançou para 81% em 2004.⁴³¹

Uma fortuna foi gasta pelo poder público para o aparelhamento da polícia, aumento de salários, construções de centros para crianças e adolescentes, recursos para as escolas e empregos e parte do recurso em milhões de dólares foram utilizados para manutenção dos “excluídos” nos presídios, esclarece Luis Flavio GOMES. Ele questiona se esses assassinatos ocorridos no município de São Paulo de mendigos não são uma das manifestações dos “crimes do ódio”, aqueles que são cometidos por aqueles que querem se livrar desses “inconvenientes indivíduos”: mendigos, desabrigados, estrangeiros, desclassificados, prostitutas etc.⁴³²

O programa influenciou políticas brasileiras, na cidade de São Paulo,⁴³³ no Rio de Janeiro. Neste sentido aponta BATISTA que era inevitável que as regiões mais industrializadas sofressem este processo, no caso São Paulo e que padeceu de influência do “Tolerância Zero” em políticas cariocas de disciplinamento de espaços públicos: “A criminalização das ilegalidades populares (...) é condição para o esforço de vigilância e repressão desses novos desajustados inúteis.”⁴³⁴

Legislações brasileiras foram inspiradas nesse modelo repressivo. Foi o caso da Lei de n.º 11.705/2008 conforme o que aponta GOMES.⁴³⁵ Todavia, essas “clonagens” de programas estrangeiros para o Brasil, normalmente não vem acompanhado do pacote monetário que viabiliza a implementação de projetos educacionais e de infra-estrutura, trazendo somente “o lado repressivo” de policiamento, inchando as delegacias e posteriormente as prisões. Sobre essa

⁴³¹ Disponível em <www.nevusp.org/portugues/index.php> Acesso em 18.07.09

⁴³² GOMES. Luis Flavio. **Assassinatos em série de mendigos: tolerância zero ou crimes do ódio?** Disponível em <<http://www.mundolegal.com.br/?Detalhar>>

⁴³³ O sociólogo Sergio Adorno e os pesquisadores do Ilanud Túlio Kahn falam sobre a possibilidade de implementação de programas parecidos. Disponível em <<http://www.nevusp.org/portugues/index.php>> Acesso em 30.07.09

⁴³⁴ BATISTA. Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE. Vera Regina (Org.) **Verso e Reverso do Controle Penal (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2002. p. 154.

⁴³⁵ GOMES. Luis Flavio. Disponível em <http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos.doc> Acesso em 30.07.09

influência, Florência F. BALESTRA⁴³⁶ menciona que “o sistema eletivo deve adaptar-se à particular organização da cidade, à cultura, aos costumes da sociedade e à tradição história em matéria de segurança.”

3.3.2 Polícia e Policiamento

A polícia tem o maior impacto sobre o que se torna definível como crime, que ofensas são priorizadas e quais os setores da comunidade são considerados como perigosos e problemáticos, já que está instalada na porta de entrada do processo de justiça criminal apontam BOWLING e FOSTER.⁴³⁷ E o uso da força concedido pelo Estado permite que atividades estranhas a qualquer pessoa da sociedade sejam legitimamente executáveis pela polícia, como invasão às vidas privadas nas suas mais diluídas formas.

Pessoas autorizadas pelo Estado com poderes para executar a lei e manter a paz, é o que a princípio aparece como descrição do que é a polícia, entretanto segundo REINER, citado por BOWLING e FOSTER envolve um tipo particular de instituição do tipo social, enquanto policiamento implica num conjunto de processos com funções sociais. Não são encontradas em todas as sociedades e normalmente sugerem formas bastante variáveis. Policiamento, no entanto, é uma necessidade em qualquer ordem social que pode ser feita de diferentes meios e de diferentes arranjos institucionais. Ele destaca que uma polícia especializada de tipo moderno, organizada pelo Estado, é só um exemplo de policiamento.⁴³⁸

A polícia tem padecido de inúmeras críticas principalmente relativas à corrupção e à repressão policial, que são na verdade os fatores que deram origem à

⁴³⁶ BALESTRA. Florencia Fontan é mestre em direito pela Universidade de Harvard e pesquisadora em temas de violência e segurança pública do Viva Rio. Disponível em <www.nevusp.org/portugues/index.php> Acesso em 30.07.09

⁴³⁷ BOWLING, Benn e FOSTER, Janet. Policing and the police. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. New York: Oxford University Press. 2002. p. 980.

⁴³⁸ BOWLING e FOSTER. **Policing**..., op., cit. p.981.

crise de legitimação pela qual ela vem passando praticamente em todas as democracias liberais nos últimos anos.

Escândalos envolvendo policiais e grupos especializados vêm crescendo paulatinamente e se relacionam com delitos leves, multas de trânsito, furtos e roubos de veículos, mas se concentram em maior medida no envolvimento com o tráfico de drogas. MISSE esclarece que essa corrupção negocia a liberdade dos suspeitos ou criminosos, e é um exemplo de “mercadoria política” produzida por expropriação de um poder estatal, o poder de polícia, fazendo utilização desse poder concedido pelo Estado para a realização de intentos particulares.⁴³⁹

A crise da legitimidade, que decorre da falta de confiança na polícia tende a aumentar, aponta MISSE, a demanda de violência ilegal da mesma forma que o rompimento da organização da confiança recíproca, entre os traficantes tende a aumentar o volume dos acertos de contas e os conflitos nos grupos locais.⁴⁴⁰ Num estudo realizado em 1988 pelo IBGE, sobre a vitimização de crimes de roubo e furto não relatados à polícia, os entrevistados apontaram como resposta “não acreditavam na polícia” um total de 34,33%, resultando que as imagens negativas foram associadas à maioria dos casos de não relato.⁴⁴¹

Outro fator relatado para a ineficiência constatada pela população relativa ao policiamento é a sua brutalidade, ou seja, o seu padrão de comportamento violento, se tornando cada vez mais ilegais e violentos. A polícia está, conforme o que explica CALDEIRA contribuindo para a erosão dos direitos e para o aumento da violência.⁴⁴² No mesmo estudo, CALDEIRA aborda que em 1992, as mortes provocadas pela polícia representaram 20,63% de todos os homicídios na região metropolitana de São Paulo.⁴⁴³ Essa reação repressiva da polícia parece ter

⁴³⁹MISSE. Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p.208.

⁴⁴⁰MISSE. Michel. **Crime...**, op., cit.p.206

⁴⁴¹CALDEIRA. Tereza Pires do Rio. **Cidade de Muros. Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo**. São Paulo: Edusp. 2000. 103.

⁴⁴²CALDEIRA. **Cidade...**, op., cit.p.134.

⁴⁴³CALDEIRA. **Cidade...**, op., cit.p.135.

conotações históricas no regime militar⁴⁴⁴ e contar com o apoio da opinião pública, que acredita que a polícia dura é boa e que seus atos ilegais são aceitáveis.⁴⁴⁵ Durante o regime militar estima-se que o esquadrão da morte tenha ceifado as vidas de algumas centenas de pessoas até 2000 delas, porque os dados da mídia não são uniformes.

Segundo dados da *Amnesty International* de (1989:204), a polícia de São Paulo em 1992 matou sumariamente 8,5% mais que o regime do *apartheid* na África do Sul em sua pior estimativa, revela CALDEIRA. Esse altíssimo número de execuções é resultado, de políticas duras de repressão ao crime, é o que parece pela adotada por Luiz Antonio Fleury Filho, como primeiro secretário de segurança pública durante a administração de Orestes Quécia (1987-1990).⁴⁴⁶ As Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar, a ROTA, uma divisão especial da polícia militar ficou famosa por inúmeras execuções da maioria de civis na região metropolitana de São Paulo. Foi organizada em 1969 para lidar com ataques terroristas, mas acabou sendo implementada para outras atividades policiais. PINHEIRO, trazido por CALDEIRA coteja que de janeiro a setembro de 1981 a ROTA atirou em 136 civis, matando 129 e ferindo 7, tendo prendido 5.327 pessoas, das quais apenas 71 tinham sido anteriormente condenadas. Quando Montoro demonstrou que objetivava extinguir a ROTA, protestos populares surgiram, e o Jornal a Folha de São Paulo revelou que 85,1% das pessoas, dados de dezembro de 1982, eram favoráveis a sua continuidade.⁴⁴⁷ Muitos massacres, chacinas e execuções sumárias foram perpetradas pela polícia. Recorde-se do massacre da Casa de Detenção de São Paulo, no qual 111 pessoas foram assassinadas em 1992. O massacre da Candelária no Rio de Janeiro em 1993, em que oito menores sem teto foram assassinados e recorde-se ainda o de Vigário Geral também em 1993, em que foram assassinados

⁴⁴⁴ De 1964 a 1979 foram assassinadas por razões políticas 144 pessoas no Brasil e 125 pessoas desapareceram. Dados do Projeto nunca mais. CALDEIRA. Tereza Pires do Rio. Cidade de Muros. Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo. São Paulo: Edusp. 2000. 135.

⁴⁴⁵ CALDEIRA. *Cidade...*, op., cit. p.135.

⁴⁴⁶ CALDEIRA. *Cidade...*, op., cit. p.160 e 163.

⁴⁴⁷ CALDEIRA. *Cidade...*, op., cit. p.170-171.

21 residentes da Favela.⁴⁴⁸ Muitos outros assassinatos tem sido vinculados às ostensivas e abusivas práticas de policiamento, relatados com frequência na mídia.

A repressão policial não está circunscrita a uma área de intimidação física e moral, abrange também a área da comunicação. BATISTA destaca que os avanços tecnológicos ofereceram instrumentos de vigilância que atentam para os direitos de privacidade e intimidade dos indivíduos com interceptações telefônicas, buscas residenciais e empresarias sem mandado e vigilância via satélite, uma “pescaria inconstitucional na privacidade alheia”.⁴⁴⁹

3.3.3 Polícia Comunitária ou Proativa

A policia reativa, ou “*reactive police*” no inglês, deixou de proporcionar a tão desejada segurança, por agir com abuso do direito concedido pelo Estado no seu “poder de polícia”. A crença de que é a polícia que vai conter o crime é um entendimento comum na sociedade, exatamente porque ela é o agente receptor das questões afetas à justiça criminal e também porque ela é chamada a tomar conhecimento dos fatos conflituosos primeira e diretamente. BRAITHWAITE e PETTIT salientam que a polícia pode lidar por meio do princípio da parcimônia com questões que não são crimes, mas que pela sua potencialidade possam vir a sê-los, como pequenos conflitos de rua, intolerâncias, confusões, aglutinamentos suspeitos, etc. Uma polícia bem coordenada só pode fazer um bom trabalho naquelas ofensas que ela vai perseguir, isto significa que ela prioriza os casos mais sérios. A teoria republicana advoga que a ameaça ao “*dominion*” é o indicativo da seriedade da ofensa e pelo princípio da parcimônia a polícia vai considerar que a supervisão e a investigação deve ser balanceada entre o ganho no “*dominion*” e a perda do “*dominion*”. Isto significa, advertem BRAITHWAITE e PETTIT uma mudança radical já que o *ethos* policial ensina a fazer tudo o que for necessário para indiciar a maioria dos ofensores.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ CALDEIRA. **Cidade...**, op., cit.p.174.

⁴⁴⁹ BATISTA. Nilo. **Os sistemas...**, op., cit.p.154.

⁴⁵⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts...**, op.cit.p.106.

A polícia comunitária, também conhecida como “*proactive police*” ou polícia proativa é uma promissora resposta aos desvios e incertezas do policiamento reativo que vem sendo agressivamente desenvolvido. Desde 1980 seu estudo tem sido apontado como um dos modelos para o século XXI e tem surtido resultados nos Estados Unidos, no Japão, no Canadá, na Inglaterra e Gales, na Cingapura, Austrália e países Nórdicos, destacam CUNHA LIMA e CUNHA LIMA.⁴⁵¹ Ela não prevê somente a reação aos episódios surgidos na comunidade mas a averiguação sobre as causas ou fatores sociais locais que possam concorrer para práticas criminosas. O trabalho policial estaria menos afeto às atividades repressivas e mais afetos às atividades pacificadoras, de prevenção de crimes no seio social. Poderia estar integrado com as escolas, com clubes, sociedades e permitir uma atuação direta do policial com os moradores, CUNHA LIMA e CUNHA LIMA mencionam “descentralização e desespecialização” de suas atividades.

Embora os modelos policiais variem muito em função das particularidades e dos modelos tradicionais e históricos de cada localidade, há dois modelos básicos de policiamento que BOWLING e FOSTER identificam: militarizado, colonial ou coercitivo e o cívico, comunal ou consensual. O modelo comunitário estaria inserido neste último. O interessante é que ambos os modelos, com estilos, objetivos e valores, apesar de opostos, surgiram na Inglaterra durante o final do século XVIII e início do XIX. Sir Robert Peel⁴⁵² criou a polícia metropolitana que se tornou conhecida como sistema liberal e o “*Royal Irish Constabulary*” deu origem ao sistema militar e colonial, ensinam BOWLING e FOSTER.⁴⁵³

Modelo Militar

⁴⁵¹ CUNHA LIMA. João Milanez da. CUNHA LIMA. Luis Fernando C. **Perfil Social do Crime**. São Paulo: Ibrasa. 2008. p. 21.

⁴⁵² O estadista inglês Robert Peel (1788-1850) conseguiu em 1829 tornar real e profissional seu projeto para a polícia londrina, dando-lhe um amplo caráter constitucional e sujeitos a critérios éticos. Os princípios de Peel foram reproduzidos em diversas publicações e coincidem com as mais recentes teorias da polícia comunitária. (CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. **Perfil...**, op.,cit.p.53).

⁴⁵³ BOWLING e FOSTER. **Policing...**, .op.,cit.p.983.

Tem como valores o controle do crime, segurança interna, inteligência, a suspeição e a guerra contra o crime. Objetiva a luta contra o crime, forma intrusivas de proteção e supressão, é controlado diretamente pelo governo central ou local, por políticos e partidos. Os agentes são especialistas, isolados e separados da comunidade. Usam uniformes, podem utilizar métodos secretos e espionagem e técnicas proativas de inspeção. Utilizam armamentos militares e coletes à prova de balas sendo que a utilização da força é o primeiro recurso.⁴⁵⁴

Modelo Liberal

Tem como valores o devido processo legal, os direitos humanos, a confiança, a manutenção da paz e a parceria com outras instituições. Objetiva a manutenção da paz e segurança na comunidade. O relacionamento com o governo pode ser difuso e descentralizado. A legitimidade vem das regras legais e submetido à comunidade. Os agentes são cidadãos em uniforme, a comunidade é a polícia e a polícia é a comunidade (inclui os marginalizados e grupos étnicos minoritários). Utilizam o método “polícia com a comunidade”, de forma visível com o mínimo uso da força e equipamentos especiais, comumente desarmados, reservando a utilização da força como último recurso. A polícia e a comunidade são parceiros no controle e prevenção do crime.⁴⁵⁵

CUNHA LIMA e CUNHA LIMA, conceituam a polícia comunitária da seguinte forma, em TROJANOWICZ:

“O policiamento comunitário é uma filosofia e estratégia organizacional, que promove um novo tipo de cooperação entre o público e sua polícia. Baseia-se no pressuposto de que, tanto a polícia quanto a sociedade devem trabalhar juntas, como parceiras solidárias, com o fim de serem identificados, priorizados e resolvidos problemas prementes, tais como crimes, drogas, sentimento de insegurança, desequilíbrios sociais, transtornos

⁴⁵⁴BOWLING.e FOSTER. **Policing...**, op.,cit.p.983.

⁴⁵⁵BOWLING.e FOSTER. **Policing...**, op., cit.p.984. Os dados foram colhidos de BREWER 1991; KLEINIG 1996; JONES e NEWBURN 1996 e KRASKA 2001.

materiais, ou a deterioração intensa de áreas e núcleos habitacionais, visando à melhoria da qualidade de vida nesses locais.”⁴⁵⁶

A Teoria Republicana defende que a polícia comunitária necessita de unidades policiais locais sujeitas à obrigação de relatar a um Conselho Consultivo integrado por representantes de grupos afiliados aos direitos humanos e Comitês de Gerenciamento de Cidadãos.⁴⁵⁷ Grupos de direitos civis e organizações comunitárias nomeando representantes para comitês consultivos e gerenciadores que possam ser consultados para equilibrar as questões de supervisão e execução com uma alocação sensível de proteção do “*dominion*”. Defensores dos direitos humanos são chamados a controlar as ações policiais para assegurar, de acordo com o princípio do “*checking of power*” que os direitos humanos sejam respeitados.⁴⁵⁸ Eles advertem que muitos direitos são direitos de não-interferência que requerem que o sistema utilize menos recursos, como não espionar cidadãos inocentes, não prender arbitrariamente, não perseguir homossexuais, prostitutas e usuários de drogas e ativistas políticos a menos que estejam desobedecendo à lei.⁴⁵⁹ O princípio da parcimônia também sugere que técnicas de supervisão novas como grampos de telefones, câmaras escondidas, prismas periscópicos, pulseiras eletrônicas, detectores de mentira, “*spy dust*” (poeira espiã), acesso à informações de bancos de dados, “GPS” etc sejam descartadas quando colocarem o “*dominion*” em risco.⁴⁶⁰

Mesmo não adotando expressamente princípios da polícia comunitária, alguns países já desenvolveram programas que favorecem uma aproximação com os cidadãos como é o caso do modelo anglo-saxônico, adotado nos países de língua inglesa: No Canadá a partir da década de 80, foram implementados a descentralização, o policiamento a pé, bases operacionais locais, planejamento comunitário, e outras iniciativas para prevenir o crime.⁴⁶¹ Na Inglaterra em que já

⁴⁵⁶ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 39.

⁴⁵⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not just deserts...*, op., cit. p. 106.

⁴⁵⁸ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not just deserts...*, op., cit. p. 107.

⁴⁵⁹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not just deserts...*, op., cit. p. 107.

⁴⁶⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not just deserts...*, op., cit. p. 109.

⁴⁶¹ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 93-94.

havia uma herança de Peel, uma espécie de polícia comunitária, não foi obstáculo a colocação de policiais a pé, criação de conselhos comunitários e maior interação da polícia com a comunidade. As campanhas sociais para prevenção do crime foram largamente prestigiadas, e a legislação contempla os “*Police Consultative Committees*”⁴⁶², que debatem sobre os temas policiais, asseguram a participação popular, e a participação de órgãos e serviços públicos e privados nas tarefas.⁴⁶³ Nos Países Nórdicos a adesão ao policiamento comunitário é quase que total, destacando-se que a polícia deve refletir os ideais sociais, descentralizada, generalista, parte integrante da comunidade local, de recrutamento amplo, devendo sujeitar-se ao efetivo controle da sociedade.⁴⁶⁴ A Austrália tem sido outro bom exemplo de adoção de uma polícia comunitária, desde os anos 80. Na cidade de Adelaide em 1986, criou o “*democratic communal policing*”, foi criado um órgão coordenador, organizado para executar programas de prevenção do crime a partir de diálogos com a comunidade e também foram introduzidas reformas em Vitória.⁴⁶⁵

A polícia japonesa dá especial enfoque na prevenção mais do que na intimidação. Por meio da tentativa de dialogar racionalmente com ofensores em potencial e através do controle social informal pelas famílias, empresas e comunidades locais, acentuam BRAITHWAITE e PETTIT.⁴⁶⁶ O sucesso das suas baixíssimas taxas criminais deve-se também a sua bem organizada polícia comunitária. O “*kobans*” são construções confortáveis do tipo “guarita”, instalados bem próximos um do outro, equipados para atendimento a pessoas e com acesso às informações e banco de dados para orientação nas tarefas e informações da localidade e das residências. Os policiais japoneses servem o público e a sociedade com orientações sobre assuntos que até nem são relativos à polícia, funcionando como um pacificador ou um solucionador de conflitos.⁴⁶⁷

⁴⁶² Trad. Livre. Conselhos Consultivos da Polícia.

⁴⁶³ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 94-95.

⁴⁶⁴ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 95.

⁴⁶⁵ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 98-99.

⁴⁶⁶ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not just deserts...*, op., cit. p. 111.

⁴⁶⁷ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 97-98.

O modelo japonês de policiamento descentralizado tem sido adotado em muitos países, com bastante êxito. Casos de “*burglaries*” (ladrões) foram radicalmente reduzidos em vários países, destacam CUNHA LIMA e CUNHA LIMA.⁴⁶⁸

A alocação de recursos no sistema para as agências policiais depende da estrutura governamental municipal, estadual ou federal a que a agência está submetida. As agências policiais devem estar estruturadas com a verba necessária para operar com um número grande de postos, ou seja, um grande número de guaritas, como os “*koban*” japoneses e com número suficiente de funcionários. O que acontece na polícia brasileira é que os números de agentes estão reduzidos, principalmente nos grandes centros urbanos, uma parcela morre ou fica debilitada em confrontos com o tráfico de drogas. Grande parte se envolve em corrupção e acabam exonerados, os concursos públicos não conseguem acompanhar essa velocidade. Outra questão que inviabiliza o bom funcionamento da polícia são os baixos salários, principalmente para a polícia civil, militar e a guarda municipal que acaba não incentivando o funcionário e favorece a corrupção, já que as tentações são frequentes.

O policial tem que ser tratado com respeito e dignidade, o salário deve ser compatível com os altos riscos a que estão submetidos e a competência exigível na profissão. Entretanto o poder público não só deve cobrar, mas também prover cursos de capacitação e reciclagem onde aprendam não só as medidas defensivas, mas também medidas para solução de conflitos, como as da polícia proativa, já mencionado. Para supervisionar a polícia e auxiliar nas táticas comunitárias uma saída seria a implementação de comitês e conselhos com participação da comunidade e de representantes de grupos ligados aos direitos civis, como BRAITHWAITE e PETTIT recomendaram. É fato que no Brasil nós temos as Secretarias de Segurança Pública e as Corregedorias da Polícia Civil.

A polícia precisa ser bem aparelhada, com bons salários, incentivos, aparato administrativo e de tecnologia de informação disponível, recursos para

⁴⁶⁸ CUNHA LIMA e CUNHA LIMA. *Perfil ...*, op., cit. p. 98.

construção de delegacias maiores, principalmente nos grandes centros. Uma saída seria a construção de centros de triagens capacitados para acomodação de presos provisórios, já que isto reduziria a função da delegacia na “manutenção” dos presos e se concentraria nas suas atividades de supervisão, manutenção da ordem e indiciamento, o que implica num aumento do número de viaturas nos grandes centros, mas reservando as rotas a pé nos locais menos turbulentos.

Há certamente regiões em que as rotas não podem ser feitas a pé, é o caso dos morros no Rio de Janeiro e regiões mais conturbadas em São Paulo, que exigem viaturas mais aparelhadas. A utilização do “caveirão”, embora necessária é uma abordagem considerada atentatória dos direitos das pessoas residentes naquelas regiões, pois os veículos são verdadeiros transportes bélicos. Outra questão é a de saber se a polícia estaria autorizada a utilizar armamentos pesados, considerando que o tráfico de drogas hoje está aparelhado com armamento estrangeiro de grande impacto.

Estas questões, entretanto necessitam de medidas sociais, a implementação de um maior número de programas sociais nestas regiões, em escolas, clubes, igrejas, ONG's, promovendo melhorias para a população e diminuindo o acesso às facilidades do tráfico. Já existem vários programas brasileiros em que a comunidade está envolvida.

3.3.4 A pena de prisão

A prisão como um local de confinamento tem seu surgimento muito remoto, mas o modelo tal qual o conhecemos hoje é produto da era industrial, apareceu no século XVI no norte da Europa. A prisão de Pentonville aberta em 1842, continha traços diferentes das anteriores, não se tratava mais de locais comuns, arranjados e provisórios para os detentos, era uma construção com 500

células idênticas uma para cada detento uniformizado, com regimentos e horários a serem cumpridos de forma silenciosa e coordenados por uma equipe estatal.⁴⁶⁹

Toda a sociedade desenvolvida, seja qual for a sua ideologia, emprega a prisão como a pena principal para os delitos mais graves e praticamente todas sinalizam a prisão somente como o último recurso, aponta MORGAN⁴⁷⁰.

A questão de se tolher a liberdade de ir e vir do ofensor, implica muito mais do que a simples liberdade de locomoção. Os pesares da pena de encarceramento avançam nas questões que põem em risco a dignidade humana, e todos os direitos humanos, resultante das condições materiais, más condições de higiene, alojamentos apertados, supelotação, alimentação deficitária, os efeitos psicológicos sobre os detentos, agrupando pessoas dos mais variáveis temperamentos e de caráter diferente possibilitando uma “escola do crime”, “associações criminosas” dentro e fora da prisão. Envolve igualmente questões que afetam a saúde como casos de “tuberculose” e transmissão de doenças venéreas e em especial o vírus HIV.

No plano social SHECAIRA E CORRÊA JUNIOR destacam a desvantagem da privação do condenado de manter-se na localidade que habita privando-os dos relacionamentos familiares, dos relacionamentos íntimos, e isto pode influenciar não só numa maior dificuldade de correção e ressocialização como é por natureza algo iníquo, o que se agrava quando as penitenciárias são localizadas em centros urbanos distantes das famílias dos condenados.

Assunto que revela uma preocupação ainda maior é a questão das prisões nas delegacias, que são a princípio para detentos provisórios mas que pela demora nos processos e pela falta de condições, recursos e vagas nas penitenciárias acabam sendo permanentes. Não é raro encontrarmos 60 detentos numa sala de 25 metros quadrados, sobrepostos uns sobre os outros, o que torna difícil porque as condições da delegacia não são apropriadas e nem destinadas à pena de encarceramento, já

⁴⁶⁹MORGAN. Rod. Imprisonment. A brief history, the contemporary scene, and likely prospects. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. Third Edition. New York: Oxford University Press. 2002. p. 1119-1120.

⁴⁷⁰MORGAN. **Imprisonment...**, op.,cit.p.1122

que a delegacia é um órgão para indiciamento, investigação, supervisão e excepcionalmente para prisões provisórias. Normalmente essas delegacias acabam alojando as mulheres e os menores no corredor da cela principal até que sejam transportados para delegacia competente, o que não é imediato, porque dependente de viaturas, funcionários, de todo um aparato para resguardar a segurança e impedir fugas dos detentos. Muitos casos de abusos aparecem nos noticiários, como a da detenta de Belém que foi deixada numa cela com vinte homens e sofreu abusos, ou na Bahia duas detentas ficaram grávidas por terem sido colocadas em celas com homens, e existem casos de detentas que dividem celas com travestis e menores adolescentes. Conforme uma reportagem da Folha de São Paulo de 26/11/2007, presas sofrem abusos em cinco estados.⁴⁷¹ A alegação dos responsáveis é sempre a de que falta estrutura, que não há vagas nos locais competentes.

É sabido que as políticas estrangeiras com respeito à técnicas de policiamento, polícia e encarceramento influenciam as políticas nacionais e isto aponta para que políticas duras na Inglaterra e Estados Unidos vão delimitar o tamanho da “severidade” das próximas políticas brasileiras.

Na Inglaterra como já foi visto no início do tópico, desde as Eleições Gerais de 1997, apesar do retraimento da política do “*prison works*”, a política do “*tough on crime*” continuou vigorosa, mas não a do “*tough on causes of crime*”. MORGAN menciona que quando o governo britânico foi questionado sobre a evolução das altas nas taxas de aprisionamento na Europa Ocidental, eles simplesmente alegaram que ver a política desta forma era o mesmo que “olhar o lado errado de um telescópio”, a mensagem refletiu que o aprisionamento tem um papel estratégico central no controle do crime e que neste sentido a prisão funciona. É claro que a prisão funciona, aprisionar todos os delinquentes, todos os suspeitos e todos os que cometem incivildades, retirando-os de circulação vai reduzir o problema do crime, mas a questão não é essa. Não podemos agora, aplaudir os fins em detrimento dos meios.

⁴⁷¹CARVALHO. Fred. Presa sofre abuso sexual em 5 estados. **Jornal Folha de São Paulo**. São Paulo, 26/11/2007. Disponível em <<http://www.violenciamulher.org.br/index.php>> Acesso em 22/07/09.

MORGAN em estudo detalhado sobre os novos rumos que o Estado vai tomar no futuro, examinando autores como GARLAND, SIMON e FEELEY, DOWNES e MORGAN, verificou que os principais partidos políticos têm estabelecido um grau de consenso e que as responsabilidades do Estado caminham para uma redefinição e delimitação. Esse consenso inclui seguintes proposições: o crime como uma atitude que é parte de nossas vidas, que é responsabilidade do Estado mas também dos cidadãos o controle e prevenção do crime, que é uma função do sistema de justiça criminal, que tem como função apoiar este controle de base aplicando as bases na aplicação de uma imediato programa econômico e efetiva sanções na maioria financeiras, mas também de vigilância e supervisão onde for necessário, até que o *homo criminologus* se torne de acordo com um cálculo previsível. A prisão tem um papel nisto, mas é menor, tem um papel de apoio quando as penas não forem cumpridas, por exemplo a de multa. O principal foco do Estado é o crime grave e a reincidência.⁴⁷² Estes ofensores serão alvo da polícia, avaliados pelos sistemas de execução das penas, as sentenças vão levar em conta o histórico de ofensas e penas serão aplicadas para “salvaguardar o público”. Vítimas e opinião pública vão ter um espaço maior e as agências penais se esforçarão em correção do ofensor. A satisfação das obrigações correcionais ou não terá peso para a liberdade, ou seja, risco mínimo de reincidência será necessário para deixar a prisão, mas o risco contará para trazê-lo de volta. Serão obrigados a relatar seu paradeiro continuamente às autoridades.

Para o prognóstico da pena de prisão, ficou claro que a prisão será reservada para o crime considerado grave e para o ofensor reincidente, mas como suporte do descumprimento das obrigações nas liberdades provisórias concedidas e do descumprimento de outras penas restritivas de direito e pecuniárias. Sendo que os ofensores se dividiram em dois, o relativamente inofensivo e o perigoso, que identificará as fronteiras entre penas “*non-custodial*” e “*custodial*” (com prisão) e (sem prisão).⁴⁷³ E a preocupação de MORGAN se apresenta maior diante do fato

⁴⁷² MORGAN. Rod. **Imprisonment...**, op.,cit.p.1114

⁴⁷³ MORGAN. Rod. **Imprisonment...**, op.,cit.p.1115

de que nada está definido na prática ainda e que trata-se de uma estratégia e uma decisão política: “Se isto for assim, qual é a perspectiva provável para o tamanho da população carcerária?”⁴⁷⁴

Nos Estados Unidos não se tem ainda uma perspectiva clara de como Obama vai conduzir a questão prisional,⁴⁷⁵ o que dificulta ainda mais é o fato de que os Estados da Federação tem postulados diferentes sobre o assunto penal, é de conhecimento de todos que enquanto uns admitem penas de morte, outros incentivam mais penas prestacionais. No entanto, é improvável que indústria do encarceramento norte-americano recue. A famosa obra de WACQUANT, “Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos”, demonstra que o encarceramento é uma verdadeira indústria e que é bastante lucrativa, com o crescimento das prisões de iniciativa privada.⁴⁷⁶ Só na Califórnia foram construídas de 1984 a 1994, 16 novas prisões, com um investimento de 15 bilhões de dólares. Desde 1992, retrata WACQUANT quatro Estados destinam mais de um bilhão cada ao encarceramento, a Califórnia (3.2 bilhões), Nova Iorque (2,1), Texas (1,3) e Flórida (1,1), segundo (*Bureau of the Census*, 1993:28).⁴⁷⁷ O Professor de Berkeley reclama, que enquanto no início dos anos 70 a Califórnia ultrapassava todos os outros Estados em matéria de ensino, figuram agora, dados de 1994, como o 48.o. lugar em 50 de educação, embora seja líder no assunto “cárcere”.⁴⁷⁸ O Texas importa milhares de detentos de Estados vizinhos, a cada ano, e depois os reenvia ao estado natal para cumprimento da liberdade condicional, o que se entende que

⁴⁷⁴“*If that be so, what are the likely prospects for the size of the population?*” MORGAN. Rod. **Imprisonment...**, op.,cit.p.1115.

⁴⁷⁵ Na data de 23/07/09 um professor negro da Universidade de Harvard Henry Gates, foi algemado e preso pela polícia de Cambridge Massachussets por ter forçado a porta de sua própria residência. O Presidente Obama declarou que a polícia agiu de forma estúpida “acted stupidly” quando prenderam uma pessoa na sua própria casa. O presidente falou que apesar de não ter conhecimento de todos os fatos a respeito da prisão, que o caso aponta para o fato de se ter uma longa história neste país de afro americanos e latinos serem abordados pela polícia desproporcionalmente, “a long history in this country of african-american and latinos being stopped by law enforcement disproportionately” e acrescentou: é somente um fato, “that’s just a fact”. By Edwin Chen Disponível em <<http://www.bloomberg.com/apps/news?>> Acesso em 25/07/09 10:00

⁴⁷⁶ WACQUANT.**Punir...**, op., cit. p. 31.

⁴⁷⁷ WACQUANT.**Punir...**, op., cit. p. 81

⁴⁷⁸ WACQUANT.**Punir...**, op., cit. p. 81.

por alguma razão muito “vantajosa” os detentos são levados para outro Estado para cumprirem pena, desconsiderando seus próprios direitos de ficar próximo da família e os direitos da família em consequência.⁴⁷⁹

Os Estados Unidos têm a maior população carcerária do mundo, num total de 2.3 milhões de prisioneiros dados do (*International Center for Prison Studies at King's College London*), enquanto a China com uma população 4 vezes maior tem um total de 1.6 milhões. Liderando o mundo na produção de presidiários, eles são mantidos mais tempo presos do que em qualquer outro país. São 751 pessoas para cada 100.000 habitantes, o que dá um total de 1 americano para cada 100, atrás das grades. A Rússia com 627, a Inglaterra com 151, a Alemanha com 88 e o Japão com 63 para cada 100.000 habitantes. Os motivos apresentados pelos criminólogos e pelos estudiosos é que tem níveis altos de crimes violentos, leis que determinam sentenças duras, fervor no combate às drogas, temperamento do americano e falta de uma rede de segurança social. Michael TONRY diz que as sentenças lá se tornaram enormemente mais duras do que em qualquer outro país que possa ser comparado com os Estados Unidos.⁴⁸⁰ Aliás WACQUANT já havia previsto um número aproximado, esclarecendo que: “a continuar neste ritmo, os Estados Unidos contarão com 2,5 milhões de detentos no ano 2000.”⁴⁸¹

A Lei do “*Three Strikes, you're out*” como é conhecida nos Estados Unidos, sancionada em março de 1994, e adotada primeiramente nos Estados de Washington e Califórnia, corroboraram imensamente para um aumento do encarceramento. A lei determina um aumento automático da pena para réus reincidentes, a partir de um terceiro crime. A simples repetição do delito considerado sério é suficiente para sentenças de prisão por longos períodos. CLARK, AUSTIN e HENRY salientam no artigo “*Three Strikes and you're out*”: *A review of State Legislation*” que o propósito da lei é que ofensores condenados repetidas vezes por séria ofensa deveriam ser removidos da sociedade por longos

⁴⁷⁹ WACQUANT. *Punir...*, op., cit. p. 31

⁴⁸⁰ LIPTAK. Adam. Prison population dwarfs that of other nations. **The New York Times**. New York. 23/04/2008.

⁴⁸¹ WACQUANT. *Punir...*, op., cit. p. 57.

períodos de tempo, em muitos casos por toda a vida.⁴⁸² Os crimes sérios compreendem todos os crimes violentos que são assassinato, assalto à residências, estupro e outras condutas contra os costumes, mais os de furtos e assaltos. Isto quer dizer que na prática pequenos delitos de furto e roubo podem ser considerados para efeito da lei.

No estudo de GARLAND sobre as pena de prisão, as corporais e a pena de morte, ele questiona que as sanções legais deveriam imprimir tratamento duro sobre o ofensor de acordo com o justo merecimento, e que em 1970 e 1980 este objetivo foi visto nas preocupações sobre o tratamento e a reabilitação. Logo a pena corporal apareceria como um meio óbvio para esta finalidade. Até porque se intimidação e retribuição é o que é desejado, então a colocação de dor diretamente no corpo teria vantagens sobre outros métodos, ao contrário da pena de prisão que gera custos altos, difícil gerenciamento, problemas de convívio sob o mesmo teto, e ao contrário da multa, que varia os efeitos de acordo com os recursos do ofensor e que frequentemente resulta em prisão para os que não conseguem pagar. Desta forma, a pena corporal pode ser barata, com efeitos minimizados e os submetidos podem ser liberados rapidamente. Então GARLAND aponta que há fortes razões por considerar as penas corporais como uma opção política dentro das estratégias penais modernas, mas não é uma opção. Ao invés, a pena corporal, é um fato da história, ocasionalmente reivindicada para efeitos dramáticos por políticos reacionários, mas citada como evidência de que o presente sistema penal é mais civilizado que o passado.⁴⁸³

A sociedade não permite essa violência física, as nossas sensibilidades modernas têm aversão à dor, ao sofrimento corporal, observa ainda GARLAND. Entretanto não é o que acontece com o “aprisionamento”? O encarceramento produz principalmente por longos períodos danos mentais e sofrimento psicológico, podendo produzir deterioração física e erosão das habilidades sociais e cognitivas

⁴⁸² CLARK. Jonh. AUSTIN. James and HENRY. Alan In **Three Strikes and You're Out: A Review of State Legislation**. National Institute of Justice – research in Brief – sept 1997. pdf. P.01. <ftp://ftp.prenhall.com/pub/ect/cjtoday/nij3strikes.pdf>

⁴⁸³ GARLAND. **Punishment...**, op.,cit.p. 241.

resultando problemas econômicos e emocionais sérios para a família do ofensor, ressalta GARLAND.⁴⁸⁴

Toda essa brutalidade, desumanidade, considerando todos os aspectos que resultam das penas de encarceramento como a falta de privacidade, de ter de satisfazer necessidades físicas em frente de colegas de cela, e aqui no Brasil as questões relacionadas principalmente às delegacias de polícia com suas superlotações, suas crueldades, e até mesmo torturas físicas, GARLAND destaca é o aprisionamento uma pena desumana e brutal em si mesma. Mas ele esclarece que porque é mental e emocional mais do que física, porque suas consequências não são imediatas, mas se ajustam com o passar do tempo e porque elas estão distantes e removidas da visão do público, e são vistas unicamente como uma simples perda da liberdade, ela, a prisão não ofende nossas sensibilidades e são permitidas como parte das políticas públicas.⁴⁸⁵

A sociedade aceita a violência e o sofrimento sem maiores problemas se elas forem discretas, disfarçadas ou removidas da sua vista, exprime GARLAND. E finaliza, isto porque, este distanciamento não deixa a sociedade ouvir os seus clamores, a sua angústia e das suas famílias. Consequência do discurso da imprensa e da criminologia popular que apresenta o ofensor como um “anormal”, menos humano, menos merecedor e porque a violência penal é geralmente higienizável, situacional e de pouca ou nenhuma visibilidade, o conflito entre as nossas sensibilidades e as frequentes e brutais rotinas da pena são minimizadas e nos fazem mais toleráveis.⁴⁸⁶

O argumento do sacrifício de um por muitos “*sacrificing one for many*” surge, conforme o que aponta HUDSON, não só nas complexas questões do equilíbrio entre os direitos em questões sobre a tortura, investigação em tempos de guerra, e para evitar o terrorismo, mas também nas políticas de encarceramento principalmente nos casos de ofensor reincidente na alegação de que o aumento das

⁴⁸⁴ GARLAND. **Punishment...**, op.,cit.p. 241-242.

⁴⁸⁵ GARLAND. **Punishment...**, op.,cit.p. 242.

⁴⁸⁶ GARLAND. **Punishment...**, op.,cit.p. 243.

penas de prisão na sentença vai operar uma redução nas taxas criminais.⁴⁸⁷ Ela questiona se a idéia de uma vida ou a integridade física de uma pessoa pode ser arriscada ou sacrificada afim de salvar um grande número de vidas. Se a pena deve corresponder ao exercício do limite dos direitos humanos e se os direitos devem ser levados à serio então é certo que a sanção contra a violação deve estar disponível, atesta HUDSON, trazendo MARTIN. Da mesma forma, evitar sanções cruéis e punições não comuns, fazem parte de sistemas penais que consideram os direitos, e mais, sistemas nos quais as penas correspondem ao dano cometido e onde as penas vão ser determinadas somente após a apropriada condenação num julgamento justo. Todavia, o direito a um devido processo legal e as justificações de interesse público e até de segurança nacional são assuntos conflitantes entre judiciário e governo de forma constante.

Parece não ser compatível com uma teoria de direitos humanos a prática em muitos países democráticos da suspensão dos direitos eleitorais do presidiário. HUDSON esclarece que não só o direito de votar, mas a negação de ter uma vida familiar, liberdade religiosa e de expressão e o direito à privacidade são negados na maioria dos países. Ela divulga que a questão do direito de votar já foi objeto de conflito judicial na Suprema Corte do Canadá que determinou pela inconstitucionalidade desta negação porque incompatível com a Carta Canadense.
488

Diante destes apontamentos, questiona-se até que ponto uma teoria dos direitos humanos para um sistema de justiça criminal teria sucesso em países como o Brasil?

No início do ano 2000 o número total de presidiários no Brasil era de 217.000. Em dezembro de 2003 o número passou para 308.304 presos. No ano de 2007 o número foi para 373.000 presos e em maio de 2008 o total foi de 423.000,

⁴⁸⁷ HUDSON, Barbara. **Doing Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity** London: Sage Publications. 2003. p. 217.

⁴⁸⁸ HUDSON. **Doing...**, op., cit.p.219 e 225.

distribuídos em 1150 prisões. Os dados de 2008 revelam que são 225 presos para cada 100.000 habitantes, um total de 13,4% a mais que o ano anterior.⁴⁸⁹

O que a teoria orienta, parece vir de encontro a uma utilização da pena de prisão só para casos de extrema necessidade. Os juízes devem ser criativos em prover alternativas à prisão. Os administradores das prisões devem maximizar o “*dominion*” dos presos, evitando que seus direitos sejam subtraídos e na verdade se questiona a perda do direito de voto e de ler jornais.

Nenhuma privação além da liberdade de ir e vir deve ser adicionada, é a orientação da teoria republicana. Não há necessidade que a experiência carcerária se torne ainda mais difícil e dolorosa.⁴⁹⁰ Deve haver um equilíbrio entre a perda do “*dominion*” do ofensor e o ganho no “*dominion*” para a segurança, para os cidadãos com a prisão do ofensor.

Que autoridades externas com um “Ombudsman”, devem ter acesso em qualquer horário às prisões e a locais considerados secretos nas prisões afim de averiguação se os direitos humanos estão sendo respeitados. Essas autoridades poderiam colher as reclamações dos presos e responsabilizar seus administradores.⁴⁹¹

A teoria de BRAITHWAITE e PETTIT diz que a “*parole*”, que aqui no Brasil funciona como a “liberdade condicional”, deve ser preferida nos casos em que as circunstâncias mencionadas pelo juiz na sentença possam sofrer ou tenham sofrido uma modificação, como por exemplo um caso de ameaça de morte do ofensor contra a esposa e no caso, a esposa venha a morrer por outra razão. O assassino maníaco depressivo que durante a medida de segurança é curado em razão das terapias psiquiátricas a que é submetido. Da mesma forma “*work release*”, as chamadas “liberdades para o trabalho”, “*study release*” “saída para estudos” e “*compassionate leave*”, as “saídas misericordiosas” devem ser encorajadas. Eles chamam de meios de reintegração graduada na comunidade. As remissões de

⁴⁸⁹ Dados obtidos no Depen – Departamento Penitenciário Nacional relativo ao ano de 2008. In <http://www.melhordetodos.com.br/index.php?codigo=519>

⁴⁹⁰ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.cit.p.130-131.

⁴⁹¹ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.cit.p.131.

sentença por bom comportamento. Eles destacam que estas medidas são desprezadas pelos retributivistas, mas a teoria consequencialista as permite. Entretanto, as rebeliões e motins na prisão devem justificar a detenção e os obstáculos à medidas de liberdade após a sentença. O princípio em favor da reintegração significa que as políticas públicas e os administradores das prisões devem se preocupar em preparação dos presidiários para retorno à sociedade, isto auxiliará na prevenção do ofensor de retornar ao crime e evitar a ameaça ao “*dominion*” de outros.⁴⁹²

Todavia, as considerações a respeito do republicanismo brasileiro, em comparação com os modelos tradicionais e o âmago de uma teoria de direitos republicana apontam que o Brasil precisa urgentemente adotar uma política de respeito aos direitos humanos. O histórico do Brasil serviu afinal para demonstrar que os padrões brasileiros políticos e políticos criminais são facilmente deturpados, corrompidos, que a soberania não repousa no povo, mas em oligarquias, como herança de um patrimonialismo que ingressou aqui ainda na época colonial.

A história demonstra que muito se modificou, pois as atrocidades cometidas no passado, são pelo menos nos dias de hoje denunciadas, reprovadas, ainda que muita impunidade ocorra. Porém, muito ainda precisa ser percorrido nesta estrada que leva à democracia, ao republicanismo e o respeito aos direitos humanos.

A teoria da justiça criminal tem uma perspectiva em BRAITHWAITE e PETTIT reducionista, ela orienta que a pena de prisão deva ser determinada somente quando necessária, como um último recurso. Ela orienta a utilização no sistema de princípios como a parcimônia, o “*checking of power*”, a reintegração e a reprovação.

A teoria da justiça criminal republicana dos autores é um suporte normativo, político-social para a implementação de um sistema que aloque esses princípios. Assim sendo, a justiça restaurativa parece ser uma saída, pois ela coincide com esses princípios.

⁴⁹² BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts...*, op.cit.p.132.

É possível que o republicanismo não seja prontamente respeitado, que não tenhamos uma cidadania responsável capacitada a debater os problemas sociais, órgãos deliberativos junto às polícias, uma polícia comunitária que respeite os direitos humanos, mais proativa do que reativa, que o sistema não seja seletivo em razões de classe, raça e gênero. Entretanto, a justiça restaurativa pode auxiliar a comunidade a entender seus próprios desafetos, pode reduzir o número de penas de prisão, pode proteger a vítima e re-introduzir o ofensor de volta à comunidade.

3.3.5 Crimes de Colarinho branco

A distribuição e a frequência dos crimes de colarinho branco se revela um dilema, e especialmente nos países da “*common law*” a maioria desses crimes não está enquadrada nas estatísticas oficiais, e conseqüentemente não participam dos debates sobre sua importância, destaca NELKEN.⁴⁹³

Outro fator importante, conforme o que salienta NELKEN, é que as agências reguladoras utilizam a acusação policial como um último recurso, desta forma o número de acusação acaba revelando muito pouco sobre a faixa criminal de forma teórica. NELKEN exemplifica que na Grã Bretanha as inspeções de ofensas à segurança nas fábricas são feitas somente uma vez a cada quatro anos. Se os dados forem colhidos com base no número de “visitas”, ou seja de inspeções, há o risco de ocorrer uma repetição de ocorrências, se o mesmo ato é trabalhado por diferentes agências ou se uma empresa tem mais filiais que outra.⁴⁹⁴

Apesar de ser comum, são graves, merecedores de sérias punições. Entretanto, não é raro termos a sensação de que os criminosos de colarinho branco são pessoas idôneas, não merecedoras das duras penas legais. E esta sensação é compartilhada igualmente pelos juízes, promotores, funcionários do poder judiciário e pelos agentes policiais. É mais fácil investigar, acusar e denunciar as

⁴⁹³NELKEN. David. White-Collar crime In: MAGUIRE. Mike. MORGAN. Rod e REINER. Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. Third Edition. New York: Oxford University Press 2002 p. 844.

⁴⁹⁴NELKEN. David. **White-Collar...**, op., cit.p 844.

peessoas que “realmente” se parecem com criminosos, mal vestidos, pessoas que se comunicam por meio de gírias e erros de linguagem, olhar malandro, que esconde o olhar debaixo de um boné e pessoas dadas ao ócio, do que os de “colarinho branco” que são trabalhadores, estavam nas empresas cumprindo horário e até fazendo horas extras. Isto mitiga a favor do criminoso, que acaba tendo muita facilidade para convencer de que é o “mocinho” da história. O que acaba sendo mais nefasto ainda, porque quando não se espera um comportamento criminoso, as vítimas normalmente ficam relaxadas e desatentas, confiantes do “suposto” criminoso.

BRAITHWAITE e PETTIT destacam que no passado se presumiu que a sociedade tolerava este tipo de crime, mas a verdade é que recentes pesquisas atestam que a comunidade recomenda prisões para seus agentes.⁴⁹⁵ Ao contrário das suposições que se fazem, como as de EDELHERTZ, de que os crimes de colarinho branco não estão entre os que geram violência e morte, há muitos registros desses crimes, observa NELKEN de acidentes fatais e consequências danosas à saúde. E relembra os casos da Alpha Oil em 1988 com uma perda de 168 vidas, o desastre do Chernobil, a explosão do Bopal, as consequências do medicamento talidomida e o contraceptivo conhecido como Dalkon.⁴⁹⁶

SUTHERLAND, que estudou o assunto aprofundadamente, esclarece que os custos dos crimes de colarinho branco superam diversas vezes os crimes tradicionais. Um oficial de uma cadeia de lojas de doces se apropriou de 600.000 dólares, que significou seis vezes mais que as perdas por 500 crimes de assaltos e roubos no mesmo ano. Quatro casos de apropriações relatados no New York Times de 1931, demonstrou que as perdas foram de um milhão de dólares cada e custos totais de nove milhões de dólares. De 1929 a 1935 os investidores perderam 580 milhões de dólares.⁴⁹⁷ O colapso das instituições de poupança e empréstimos nos Estados Unidos nos final dos anos 80 resultou num custo de um trilhão de dólares,

⁴⁹⁵ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts**. op., cit.p.186.

⁴⁹⁶ NELKEN. David. **White-Colar...**, op., cit.p 846

⁴⁹⁷ BRAITHWAITE e PETTIT. **Not Just Deserts**. op., cit.p.187.

NELKEN compara que este custo é muitas vezes o custo do Plano Marshall ou a Guerra da Coréia.⁴⁹⁸

FELDENS salienta sobre os crimes de colarinho branco, de acordo com um diagnóstico de REIMAN, que os custos são mais elevados do que outros crimes, são mais difundidos do que os crimes dos “pobres”, raramente são presos ou condenados, quando são acionados ou condenados tem sentenças suspensas ou extremamente leves.⁴⁹⁹

A defasagem na abordagem e os índices de impunidade dos crimes de colarinho branco nos remete a questão do poder, já que neste aspecto a área relativa aos crimes de colarinho branco é uma área em que a desigualdade é reproduzida constantemente.

Essa desigualdade segundo CASTILHO, se expressa em três momentos, na sua criação, ou seja, na produção da norma, na aplicação das normas e no momento de sua execução.⁵⁰⁰ É o que ela traz em BARATTA, que o direito penal tende a privilegiar interesses das classes dominantes, minimizando os riscos contra os indivíduos pertencentes a estas classes, desviando para os indivíduos das classes subalternas.⁵⁰¹

CASTILHO esclarece que, no âmbito brasileiro, de sua pesquisa no “Controle Penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional” de julho de 1986 a julho de 1995, estabeleceu-se o que aponta a criminologia crítica de que o direito penal é desigual. A polícia, o Ministério Público e o Judiciário são os responsáveis pela seleção secundária, ou seja, a que aplica a norma. Entretanto no tocante aos crimes contra o sistema financeiro, o Banco Central determina a atuação dos demais. E conclui que o Banco Central e a Polícia Federal são os responsáveis na

⁴⁹⁸ NELKEN. David. **White-Colar...**, op., cit.p 846.

⁴⁹⁹FELDENS. Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes de Colarinho Branco**. Por uma relegitimação da atuação do Ministério Público uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2002. p.137.

⁵⁰⁰CASTILHO. Ela Wiecko V. de. **Criminologia Crítica e a crítica do Direito Penal Econômico**. In Verso e Reverso. op., cit.p. 61.

⁵⁰¹ CASTILHO. **Criminologia...**, op., cit.p. 62.

indefinição dos crimes. E mais que dos 682 casos selecionados somente 77 foram objeto de sentença.⁵⁰²

Tanto os crimes contra o meio-ambiente, os financeiros, os contra a economia popular, os crimes de sonegação fiscal, etc, quanto mais poderosas as empresas e os empresários, menor será a probabilidade de aplicação da lei. CASTILHO explica que isto tem razões culturais e estruturais da sociedade capitalista global e tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos as impunidades são vistas de formas semelhantes.⁵⁰³

Os teóricos do “*Not Just Deserts*” não advogam a idéia de que as penas para os crimes de colarinho branco sejam mais duras, mas ressaltam que as inspeções governamentais devem agir mais como uma função catalizadora do que numa reprimenda excessiva, mas manter um grau de punição pública e formal e neste sentido proteger o “*dominion*” mostrando aos cidadãos que o rico e o poderoso não estão nas brechas da lei. Os modelos do “*Just Deserts*” para as agências reguladoras não são nem desejáveis e nem viáveis.

Entretanto, o princípio da igualdade defende que se os crimes de colarinho branco podem merecer a tutela de princípios como a parcimônia, da mesma forma merecem também os que são acusados de crimes contra o patrimônio. BRAITHWAITE e PETTIT ressaltam que quanto menos se punir, por todas estas razões, mais próximo se chegará de um sistema igualitário.⁵⁰⁴

Com efeito, os registros de impunidades de muitos crimes, incluindo os crimes de colarinho branco, não revelam justos e igualitários o destaque e a constatação que se vem tendo com relação aos crimes de furto, roubo superlotando as delegacias e penitenciárias.

3.3.6 Justiça restaurativa

⁵⁰² CASTILHO. *Criminologia...*, op., cit.p. 64 e 67.

⁵⁰³ CASTILHO. *Criminologia...*, op., cit.p. 71.

⁵⁰⁴ BRAITHWAITE e PETTIT. *Not Just Deserts*. Op., cit.p.198.

O monopólio da utilização da força e da vingança pelo Estado implicou num afastamento da comunidade na resolução dos conflitos. A informação sobre o possível crime, feito pela vítima, família da vítima, terceiros ou pelas próprias agências está restrita tanto na fase policial quanto na judicial à determinação da culpa do ofensor. Não há espaço sequer para um diálogo, o distanciamento de ofensor e vítima é tão grande que para que um ofensor possa pedir perdão à vítima isto tem que ser solicitado ao juízo antecipadamente e autorizado pela vítima, que em muitos casos nem quer ver o ofensor, que fica escoltado num fundo da sala ou em sala apartada, somente aguardando o seu reconhecimento. O processo penal se tornou distante, frio e calculista.

É uma superação total do paradigma retributivo da vingança punitiva porque a justiça restaurativa aproxima a comunidade na resolução dos conflitos, entretanto não incorpora uma visão deslegitimadora do sistema penal tal qual existente, mas um avanço neste sistema com implementação de medidas indispensáveis ao respeito aos direitos humanos e uma solução pacífica conciliadora na resolução dos conflitos. SALIBA neste sentido afirma:

“A abolição do sistema, todavia não é defendida, e sequer aceita, como possível, porque numa época de ‘modernidade tardia’ ou ‘pós-modernidade’ os conflitos sociais exigem medidas amargas para pacificação e manutenção da liberdade dentro dos grupos sociais. Ainda não se vislumbra algo melhor que o Direito penal, porém, se pode vislumbrar medidas alternativas e complementares como indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.”⁵⁰⁵

A justiça restaurativa, ou restauradora é uma nova referência na resolução de conflitos, estruturados num conjunto de princípios e práticas que propõe uma forma distinta de lidar com os conflitos, crimes e violência, baseada na ética do diálogo e da paz. Há enormes diferenças entre as práticas, variáveis de local para local, mas elas obedecem a um sistema mais ou menos norteador. Entre as denominações destes tipos de processos restaurativos estão: justiça comunitária,

⁵⁰⁵ SALIBA. **Justiça...**, op., cit.p.143.

justiça positiva, justiça reintegrativa, justiça relacional, justiça transformativa, conforme ZEDNER.⁵⁰⁶

HUDSON qualifica as teorias restaurativas em três espécies: as abolicionistas que advogam uma recolocação das noções tradicionais sobre o crime e a punição com princípios do dano e de retificação, as que se preocupam com uma justiça criminal mais responsável que atenda as necessidades da vítima e a tornando parte central do processo sem impor ao ofensor um peso mais punitivo e repressivo, tendo como ponto de partida que a justiça criminal formal enfraqueceu e excluiu as vítimas do processo não permitindo que as mesmas expressem seus sentimentos e circunstâncias de forma adequada, somente sendo enquadradas no sistema instrutivo do que a corte considera relevante e aqueles que trabalham com grupos nativos, que se esforçam por alterar o desafio dos indiciamentos, processos e sentenças determinados por uma minoria branca, que continuamente resultam em altas taxas de indiciamento e encarceramento da maioria. São representantes destes últimos os Maori na Nova Zelândia e as grupos tradicionais no Canadá tem tido particularmente grande influência, como as tradições de grupos cristãos como os menonitas no Canadá.⁵⁰⁷

As origens da justiça restaurativa remontam práticas tribais da Nova Zelândia e do Canadá. Em 1989 a Nova Zelândia reformulou seu sistema de justiça criminal obtendo resultados nas práticas restaurativas e o processo foi sendo estudado e implementado em diversos segmentos da justiça criminal, sendo que no Brasil vem sendo utilizado em algumas varas de infância e juventude.

Alguns experimentos, entretanto, de mediação e reconciliação entre vítima e ofensor foram iniciados na Inglaterra em 1970 sem a participação judicial, contando com a presença de um mediador entre as partes. A resolução do problema e as possíveis compensações do dano eram de iniciativa das partes, mediante contrato. Em 1996 já contava o sistema com vinte e cinco processos, com os

⁵⁰⁶ZEDNER. Lucia. Victims. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. Third Edition. New York: Oxford University Press. 2002. p. 444.

⁵⁰⁷HUDSON. **Understanding...**, op.,cit. p.75-76.

seguintes objetivos: compensação do dano para as vítimas e sentenças reduzidas para os ofensores, possibilitar a comunicação entre as partes, o entendimento e a resolução do conflito.

Existem várias distinções com o processo legal comum, mas uma das diferenças mais marcantes é a importância dada à vítima. Lucia ZEDNER menciona que o estudo e pesquisa sobre as vítimas se proliferou buscando uma identificação do papel da vítima dentro do processo de justiça criminal.⁵⁰⁸ Muitos estudos tem revelado que as vítimas, ao contrário do que se pensa, não estão céticas a diálogos e acordos com os ofensores, mas estão disponíveis para mediação direta e transação para compensação do dano. No processo criminal a vítima é um meio de prova utilizado para a condenação do réu, a descrição da conduta e o sentimento da vítima sobre os efeitos e conseqüências do crime, o dano são considerados para efeito de aumento ou diminuição na pena, mas as necessidades materiais e emocionais tanto de vítimas quando dos ofensores não são perquiridas.

Abordagens acadêmicas com grande impacto e influência em todo o mundo tem sido feitas por Jonh BRAITHWAITE, Howard ZEHR e Mark UMBREIT, entre outros autores, na condução destes experimentos, aponta ZEDNER.⁵⁰⁹

Na Inglaterra e País de Gales, a Convenção Européia dos Direitos Humanos foi incorporada aos *Human Rights Act 1998*, “Lei de Direitos Humanos de 1998”⁵¹⁰. O “*The Crime and Disorder Act 1998*” e o Relatório MacPherson de 1999, este último que conduziu ao um enrijecimento das práticas policiais racistas e violentas e incluiu o novo sistema YOTs, “*Youth Offending Teams*” planejando um programa de ação para jovens ofensores na comunidade e o desenvolvimento de uma justiça restaurativa, com a utilização de tais medidas.⁵¹¹ Começou a operar um abandono das formas punitivas do sistema criminal e caminhar na direção de aceitar

⁵⁰⁸ ZEDNER. *Victims...*, op.,cit.p.443.

⁵⁰⁹ ZEDNER. *Victims...*, op.,cit.p.445.

⁵¹⁰ ZEDNER. *Victims...*, op.,cit.p.445

⁵¹¹ DOWNES e MORGAN. *The Skeleton...*, op., cit.p.298.

uma justiça restaurativa para os jovens ofensores num processo de transferência parcial da responsabilidade do Estado para a comunidade, destaca HUDSON.⁵¹²

Em Ottawa, em novembro de 2001 foi realizado um encontro do “*Group of Experts on Restorative Justice*”, em que se estabeleceram princípios básicos da justiça restaurativa.

A Organização das Nações Unidas traçou princípios para o uso de programas de justiça restaurativa em questões criminais no seu Conselho Econômico e Social, de 13 de agosto de 2002, como sendo os seguintes: assentar que houve em todo o mundo um avanço significativo nas iniciativas de justiça restaurativa, reconhecer que suplantam formas que encaram o crime como algo extremamente danoso às pessoas, enfatizar que a justiça restaurativa é uma resposta ao crime que respeita a dignidade e igualdade de cada pessoa, promove harmonia social através de cura das vítimas, ofensores e comunidade, reforçar que os afetados pelo crime dividem abertamente seus sentimentos e experiências, e objetivos na direção das suas necessidades, conscientizar que esta aproximação fornece uma oportunidade para vítimas obter reparação, sentir seguras e procurar estar próximas, permite aos ofensores entender as causas e efeitos do seu comportamento e se responsabilizar, capacitar a comunidade para entender as causas do crime e promover bem estar na comunidade e prevenir o crime, notando que a justiça restaurativa possibilita uma faixa de medidas que são flexíveis na adaptação e complementação dos sistemas de justiça criminal, levando em conta circunstâncias sociais, legais e culturais, e reconhecer que o uso da justiça restaurativa não prejudica o direito do Estado de indiciar ofensores considerados culpados.⁵¹³

As práticas restaurativas têm acontecido em vários países, na Austrália, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul. Como já foi dito eles não são idênticos, mas conservam os princípios básicos. Os VORP’s, sigla em inglês para “*Victim Offensor Reconciliation Program*”, ou “Programa de Reconciliação Vítima Ofensor” se espalhou nos Estados Unidos, onde existem mais de cem e

⁵¹² HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p. 80.

⁵¹³ Resolutions and decision adopted by the Economic and Social Council at its substantive session of 2002. United Nations. Economic and Social Council. 13/08/2002. p.55.

influenciaram muitos outros programas. Existem dúzias no Canadá, na Inglaterra, na Alemanha, Finlândia, França e Holanda, destaca ZEHR.⁵¹⁴

No Brasil a partir do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa em abril de 2005, conhecido como Carta de Araçatuba foram traçados princípios para a prática da justiça restaurativa e posteriormente foi ratificada na Conferência Internacional de Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, realizado em Brasília.⁵¹⁵

HUDSON se refere à definição dada por BRAITHWAITE na preparação para o Congresso das Nações Unidas de Prevenção do Crime e Justiça Criminal, como a mais aceitável: “A justiça restaurativa é um processo onde todas as partes envolvidas num conflito específico vem juntas resolvê-lo coletivamente e como lidar com o resultado d ofensa e suas consequencias para o futuro”.⁵¹⁶

SALIBA apresenta o seguinte conceito de RAMÍREZ:

“Se trata de uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de um modo mais construtivo que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional, seja o retributivista, seja o reabilitativista. Ainda que a característica de um excesso de simplificação poderia dizer-se que a filosofia deste modelo se resume nos três ‘R’: (...) Responsabilidade, restauração e reintegração. Responsabilidade do autor, desde que cada um deva responder pelas condutas que assumem livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo saia de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que também foi lesada com o ilícito.”⁵¹⁷

⁵¹⁴ ZEHR. Howard. **Trocando as Lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Palas Athena: São Paulo. 2008.p.150.

⁵¹⁵ SALIBA.**Justiça...**, .op.,cit.p.149.

⁵¹⁶ “*Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implication for the future.*”(HUDSON.**Understanding...**, op., cit.p. 77).

⁵¹⁷ “*Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el reabilitativo. Aun a riesgo e un exceso de siplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las três ‘R’: **Responsibility, Restoration and Reintegrations** (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración*

3.3.6.1 Características da Justiça Restaurativa

BRAITHWAITE compara o tratamento da justiça restaurativa com o paradigma “paterno”, no qual o bom pai sem aprovar o mau comportamento do filho e nem ignorá-lo, continua amando o filho. O ponto central da justiça restaurativa segundo a análise de HUDSON sobre a teoria criminológica social de BRAITHWAITE é que os ofensores são levados a refletir sobre o erro que cometeram e vão almejar a mudança do seu comportamento através do reconhecimento do dano real que fizeram à vítima. A assunção da responsabilidade pelo erro é o primeiro objetivo da justiça restaurativa e aí estar disposto à reparação do relacionamento. Ele aponta para o processo de “envergonhamento”⁵¹⁸ do ofensor pelo mau comportamento sugere uma redução do crime na sociedade. O primeiro princípio é que a sociedade deveria ter padrões morais e que os ofensores deve se sentir conscientes de que o comportamento errado seria desaprovado tanto pelas vítimas quanto pela sociedade como um todo, destaca HUDSON. O segundo princípio requer que as reações aos maus comportamentos sobre o erro e o dano não devem fazer com que os ofensores se sintam sem valor.⁵¹⁹ A discussão da ofensa e suas consequências significa que não pode ter nenhuma negação pelo ofensor da dor e das justificações da vítima, isto porque é comum os ofensores evitarem o conhecimento do erro de seus atos. O “envergonhamento reintegrativo” de BRAITHWAITE tem como objetivo, desta forma, inculcar um senso de vergonha para o comportamento mais do que o desconforto e a frustração de ter sido pego, e favorecer um desejo de retificar maior do que o ressentimento de ser punido que é o resultado provável do procedimento comum, menciona HUDSON.⁵²⁰ A clara desaprovação da ofensa pelas pessoas importa numa aceitação do ofensor de volta à comunidade, porque é possível que mais crime seja cometido na sociedade quando o crime é tolerado e negligenciado.

del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se há dañado con el ilícito”. (SALIBA. **Justiça...**, .op.,cit.p. 145).

⁵¹⁸ A palavra utilizada em inglês é “shaming”.

⁵¹⁹ HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p. 81-82.

⁵²⁰ HUDSON.**Understanding...**, op.,cit.p.82.

HUDSON ressalta que a teoria de BRAITHWAITE tem sido de extrema influência, embora BRAITHWAITE mesmo aponte que essas práticas são históricas, processos dos aborígenes e de tradições cristãs do “*hating the sin e love the sinner*”.⁵²¹

Howard ZEHR, um dos pioneiros da justiça restaurativa esclarece que o crime é um comportamento contra as pessoas e contra os relacionamentos antes de ser contra o Estado⁵²² e que uma tarefa importante da justiça restaurativa é restaurar o equilíbrio nos relacionamentos que são danificados pelo crime entre vítima ofensor, entre vítima ofensor e comunidade e entre ofensor comunidade ofensor e família, que isto é de maior importância do que assegurar que regras legais sejam obedecidas, interpretadas e aplicadas corretamente.⁵²³ HUDSON denomina de moralidade relacional, e tem sido um elemento de grande importância nos julgamentos considerados feministas e em críticas das teorias liberais.

ZEHR propõe uma mudança de lente para um enquadramento diferente na teoria criminal. Ele aponta que a lente retributiva vê o crime como uma violação da lei, seus danos são abstratos, o crime encontra-se numa categoria diferente dos outros danos, o Estado é a vítima, o Estado e o ofensor são partes no processo, as necessidades e direitos das vítimas são ignorados, as interpessoalidades são irrelevantes, a natureza conflituosa do crime é velada, o dano causado ao ofensor é periférico e por último, conclui a ofensa é definida em termos técnicos jurídicos. Pela lente restaurativa, ele dimensiona um outro cenário em que o crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento, são concretos esses danos, estão ligados a outros danos e conflitos, as pessoas e os relacionamentos são as vítimas, a vítima e ofensor são partes no processo, suas necessidades são centrais, as dimensões interpessoais são centrais, a natureza do crime é reconhecida, o dano causado ao

⁵²¹ HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p. 82. Trad. Livre. Odiar o pecado e amar o pecador.

⁵²² HOWARD. *Trocando...*, op., cit. p. 170.

⁵²³ HUDSON. *Understanding...*, op., cit. p. 81.

ofensor é importante e a ofensa é compreendida em seu contexto ético, social econômico e político.⁵²⁴

De fato, sobre a questão do Estado ser a vítima, a sociedade não se sente responsável porque essa incumbência de tratar dos conflitos sociais foi retirada das suas mãos e colocada nas mãos do Estado pela “teoria” do contrato social. Inobstante, ela se sente confortável e cômoda com relação aos conflitos sociais, entretanto quando a criminalidade aumenta ela cobra essa função do Estado, que lhe delegou afim de corrigir a situação.

A justiça é pensada em termos restaurativos mais do que retributivos, salienta ZEHR, a partir desta mudança de paradigma, quando um crime é cometido, tradicionalmente a questão retributiva é “O quê o ofensor merece?” e pela visão restaurativa a pergunta é: “O quê faremos para corrigir a situação?”. Dessa forma justiça significa reparar a lesão e promover a cura, e surge nas necessidades, e é no círculo restaurativo que será abordada e suprida.⁵²⁵

O crime gera obrigações, não somente penas, como narrado pelo longo e histórico padrão retributivista. Essa obrigação é em primeiro lugar do ofensor, o reconhecimento do erro, a compreensão dos sentimentos da vítima e as reparações etc. ZEHR lembra que nos movimentos VORP na Inglaterra e Estados Unidos se tem discutido sobre se o ofensor deva reconhecer voluntariamente seus erros. Apesar de existir certa inércia e resistência dos ofensores em ouvir a vítima, porque se tornam vulneráveis ao processo, criando justificações, racionalizações e estereótipos, eles devem assumir voluntariamente, nunca podem ser obrigados.⁵²⁶ Entretanto, isto faz toda a diferença, o reconhecimento da ofensa pode gerar satisfação na vítima e em certos casos é suficiente para incluir o ofensor novamente no seu círculo social. Não é uma tarefa fácil, mas é um desafio.

A assunção da responsabilidade, segundo a análise de ZEHR faz parte dos ideais de justiça restaurativa, exatamente porque são os irresponsáveis que mais cometem crimes. A responsabilidade da mesma forma que o crime é vista de uma

⁵²⁴ HOWARD. **Trocando...**, op., cit.p.174-175.

⁵²⁵ HOWARD. **Trocando...**, op., cit.p.176.

⁵²⁶ HOWARD. **Trocando...**, op., cit.p.186.

forma totalmente diferente, assinala ZEHR, pela lente restaurativa. Para o padrão retributivista os erros geram culpa, ela é absoluta ou indelével. A dívida é abstrata, retribuída com o sofrimento da pena, a dívida com a sociedade é abstrata igualmente. O ofensor responde com a pena, se presume que o comportamento foi voluntariamente escolhido e há um livre arbítrio ou determinismo social. Pela lente restaurativa os erros geram dívidas e obrigações, há graus de responsabilidade, a culpa pode ser redimida pelo arrependimento e reparação. A dívida é concreta, paga fazendo o certo, a dívida é com a vítima em primeiro lugar, responde pelos atos assumindo a responsabilidade, reconhece as diferenças entre a realização potencial e atual da liberdade humana e reconhece o papel do contexto social nas escolhas.⁵²⁷

3.3.6.2 Desafios à Justiça Restaurativa

Os programas de justiça restaurativa tem sido largamente ampliados por todo o mundo e muitos autores tem se debruçado sobre este assunto mas esses programas ainda necessitam de teorias metodológicas para lhe delimitar o objeto, conteúdo, valores e princípios. Uma das questões que se apontam é que não se tem especificamente uma faixa de aplicação e abrangência, como por exemplo não se saber ao certo que espécies de crimes e que tipos de ofensores estariam inseridos na competência *ratione persona* dos círculos restaurativos. HUDSON se questiona se a justiça restaurativa seria uma alternativa à retribuição, ou seria ao menos compatível com a retribuição? Que preocupações deveria ter o restaurativismo com valores tais como proporcionalidade e devido processo legal?⁵²⁸ Outra questão é se ela beneficiaria somente jovens, ou adultos estariam incluídos nos programas. Se a justiça restaurativa seria facultativa aos ofensores ou seria compulsória e também a questão de saber como ingressariam ofensores de condutas contra o Estado, ou seja quando a vítima é o Estado.

Parece-me que a compulsoriedade da justiça restaurativa indicaria certamente uma colisão com o direcionamento fornecido pelos princípios da ONU

⁵²⁷ HOWARD. **Trocando...**, op., cit.p.190-191.

⁵²⁸ HUDSON.**Understanding...**, op., cit.p.76.

de que o Estado se reservaria no direito de indiciar ofensores em potencial e ele mesmo julgá-los.

Muitos questionamentos se fazem a respeito da justiça restaurativa, na verdade ela é uma mudança de paradigma. Ela pode não abranger todos os casos, todos os crimes e todos os ofensores, mas pode fazer diferença naqueles aos quais será dirigida. Se os direitos humanos forem corretamente respeitados nos círculos restaurativos, protegendo o direito da vítima, oportunizando ao ofensor o conhecimento das consequências de seus atos, o “*shaming*” que BRAITHWAITE recomenda, dando-lhe uma chance de reparar o dano, se arrepender e pedir desculpas já se terá dado um grande passo em direção a uma sociedade menos punitiva e repressiva e mais inclusiva.

SALIBA lembra que a justiça restaurativa tem tido mais resistência no campo penal do que no campo cível, onde a conciliação tem colecionado adeptos e tido grandes resultados. Os operadores do direito parecem acatar melhor uma justiça penal consensual enraizada na própria estrutura tradicional do que repensar uma alteração principiológica, rompendo os paradigmas. O modelo restaurativo é voltado à cidadania, buscando a reconciliação, limitado pelo princípio da dignidade humana e pelos direitos humanos, limitando o poder punitivo estatal.⁵²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do republicanismo em consonância com o sistema de justiça criminal é tema complexo, que envolve muitos assuntos, matérias e que relega tantos seus resultados como a iniciativa de promoção de um sistema mais justo e mais igualitário para o Estado. No entanto, a soberania, pelo viés de um Estado Democrático de Direito reside no povo, não se pode deixar de considerar a

⁵²⁹ SALIBA. **Justiça...**, op.,cit.p.174.

responsabilidade de cada indivíduo na implementação de um conjunto que reflita nossas tendências atuais, num esforço de cooperação, envolvimento, auxílio, participação, comprometimento com um sistema criminal que seja parcimonioso, responsável, que não seja leniente, ou seja, que não aprove o crime e que promova meios de reintegração da vítima e do ofensor na comunidade.

Antes de cobrar do Estado a resolução dos conflitos no meio social e a punição justa ou merecida, deve haver um esforço comunitário em que a sociedade possa resolver seus próprios conflitos com o apoio do Estado.

Foi visto que o modelo histórico-brasileiro não comporta ainda uma maturidade em termos republicanos. Que os direitos humanos estão longe de ser perfeitamente respeitados, o que se percebe com os números dos detentos nas prisões, o número de assassinatos, o dilema da segurança pública, as “deturpações” nas eleições, enfim na representação política que passa a ser manipulada pela mídia, pelos mais poderosos etc.

No cotejo histórico além de uma herança patrimonialista, o Brasil se viu ameaçado por um sistema elitista e oligárquico que negou uma liberdade como não-dominação ao nosso povo. Razões justificadas pela motivação de nossa colonização que não obedeceu a um processo natural, mas forçado e inserido ora numa grande empreitada agrária, ora numa empreitada mineradora, nos quais a população não passou de mão-de-obra, não sendo proprietária de seus meios e recursos produtivos, mas uma expectadora da ganância, primeiro de Portugal, depois de nossa monarquia e depois de grandes empresários.

O índio, o negro e as mulheres padeciam de suficiência no *status* de uma liberdade como não-dominação, como pode ser visto, situações que entristecem nossa história, mas que não podem ser desconsideradas.

O processo eleitoral, manipulado, esteve nas mãos de uma elite que manteve os privilégios em detrimento de problemas nacionais.

As leis no período colonial não refletiam os anseios do povo, mas de um processo importado, utilizado em prol dos senhores, dos nobres, da Coroa em total e flagrante afronta aos ideais humanitários. As penas eram aplicadas nas próprias

unidades produtivas, sem limites, controles, fiscalização, na maioria das vezes pelos próprios senhores. Não obedeciam a qualquer princípio de legalidade e eram aplicadas mesmo a condutas antijurídicas e não típicas. A pena de morte era utilizada com finalidade de manutenção da escravidão sob controle e em estrita submissão.

Historicamente o Brasil sofreu de uma certa “malandragem”, um processo cultural que invertia valores, atrapalhava negócios, atrasava o processo de desenvolvimento e que pode ser sentida em menor grau até hoje, conhecida como “jeitinho brasileiro”.

Nossos grandes acontecimentos políticos eram fundamentados por razões veladas como a separação do Brasil de Portugal, a queda da monarquia e a republicanização. Esta foi um processo liderado por setores elitistas, suscetível aos mandos governamentais, totalmente influenciada pelos grandes produtores paulistas e mineiros. O voto era somente um pretexto para legitimar o que antecipadamente estava delineado nos átrios dos poderosos, não uma direção popular e democrática.

Senadores que se beneficiavam dos mandatos para vantagens pessoais e em suas empresas não foi somente um fenômeno condizente com o ano de 1860, são práticas comuns ainda hoje, percebidos no nosso “Senado Democrático.”

A figura do coronel desapareceu, entretanto em contrapartida reapareceu uma outra figura, com os faraônicos números de candidatos a vereadores que “puxam votos” aos prefeitos, aos deputados e aos governadores.

É verdade que o tempo consolidou grandes avanços, mas somente com a Constituição de 1988, o panorama sofre uma brusca modificação.

Sabemos que o crime é influenciado por questões sociais, que as autoridades precisam investir na criação de empregos, prover investimentos para a educação e assistência social, a exemplo das reformas implementadas em 1987 no movimento “*Deep in society*” que se deu na Inglaterra e País de Gales, vinculando a criminalidade às questões sociais e o que se demonstrou foi uma grande diminuição na criminalidade ocasionando uma queda vertiginosa nas taxas e no

encarceramento. Aliás é fato, quando os governos diminuem os orçamentos públicos no campo social, a criminalidade aumenta.

O que se percebe e procurou-se demonstrar no presente trabalho é que o Brasil precisa enfrentar a questão criminal não com um pacote de medidas rígidas, de alargamento das penas, de políticas duras de combate ao crime e fazendo das agências de controle um aparato repressivo e desumano. Mas sim um projeto assistencialista e que deita um olhar acurado sobre as causas do crime e favorece meios de ressocialização, restauração e reintegração. E isto vai além de uma iniciativa comunitária, depende de orçamento público, da boa vontade das autoridades estatais.

Por outro lado, não se pode esperar de “braços cruzados” que níveis de cidadania e de republicanismo atinjam patamares mais altos, fazendo com que os interesses de todos e a promoção do “bem comum” sejam refletidos a nível estatal, até mesmo porque o republicanismo se assenta, como foi visto, na soberania do povo, mediante representação política, que se possa excluir a representação inadequada, fraudulenta ou que esteja submetida a interesses outros que não o do “bem comum”, que os poderes sejam submetidos entre eles a um processo de “*check and balances*”, mas que, haja acima de tudo uma “cidadania responsável”, o que leva a crer que a implementação de um sistema mais justo e mais igualitário vai depender também “dessa cidadania”.

Uma teoria republicana da justiça criminal se mostra viável, uma vez que propõe o respeito aos direitos humanos unindo a segurança e a garantia de uma teoria retributivista com alvos preventivistas de promoção da justiça por meio de princípios reprovativos, reintegrativos, de checagem do poder das autoridades reconciliado num sistema reducionista de punição.

Por essa razão a justiça restaurativa se vislumbra numa saída como forma de apaziguar, conter e resolver os conflitos sociais. O que não parece ser impossível e que já tem tido inúmeros resultados. Há inclusive na teoria republicana da justiça criminal, como aqui foi detalhadamente exposto, um suporte jurídico-

normativo capacitado a dar espaço, alocar e fazer funcionar essa justiça, sem qualquer remodelagem das teorias do Estado.

A justiça restaurativa como foi visto, vem sendo aconselhada pela Organização das Nações Unidas, sendo implementada em diversos países e resultando num processo de conciliação com a ajuda da própria sociedade, que é o elemento mais capacitado para resolver seus problemas, quer pela cognição dos mesmos, pela cognição das ansiedades e das necessidades e terá satisfação não só na participação mas no resultado obtido, impedindo que se dê continuidade a conflitos derivativos daqueles.

Por meio dela, é possível o respeito aos direitos humanos e promoverá um grande avanço social e político com a participação comunitária, trazendo-a para um maior envolvimento nos assuntos a ela pertinentes, tornando-a mais madura, mais capacitada até para o exercício de outras atividades concernentes à cidadania.

Todavia, para que isto aconteça é necessário remodelar os conceitos que temos a respeito do crime e da justiça. Trata-se antes de tudo de uma mudança paradigmática. Ver o ofensor como um “marginalizado” que deva ser afastado do convívio social, aprisionado, excluído só fará superlotar as prisões, desintegrar as famílias, dar à vítima um sentimento de vingança que não reproduz cura, mas aumenta o sentimento de dor e ódio e o que é pior vai capacitar o ofensor e dar-lhe meios de se voltar contra a sociedade e continuar delinquindo, aumentando ainda mais o problema social.

De outra feita, a justiça restaurativa propõe uma nova abordagem. Ver na vítima uma pessoa ferida que precisa de apoio e sustentação, que necessita que o ofensor entenda seu sofrimento, que tenha compreensão do seu ato, que seja levado de forma espontânea a reparar o dano, se conscientizar e se arrepender. Isto com certeza virá em proveito da sociedade na restauração dos relacionamentos e na prevenção e redução do crime.

É possível ver o ofensor não como um personagem socialmente desprezado e moralmente reprovado, excluído do nosso meio. Que padeça da mais dura reprimenda, porque afinal de contas ele “merece”, não importando quais tenham

sido os seus motivos, as suas circunstâncias, os estímulos que o conduziram ao crime.

Mas é uma tendência natural do ser humano criar certos preconceitos. Que o ofensor nunca demonstrará arrependimento, transformação e recuperação. Que a vítima não acate perdão, não permita a reconciliação.

Mas antes de tudo precisamos superar certos preconceitos, acreditar que é possível mudar, precisamos nos tornar pessoas tolerantes, abertas e inclusivas. Aí é possível transpor esse paradigma da retribuição e desenvolver um paradigma da inclusão, da restauração e da ressocialização.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

ANDRADE, Vera Regina. Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: Códigos da Violência na Era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDDT. Hannah. Sobre a Violência. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2000. 2.^a ed.

- AZEVEDO, Mônica Louise. **Penas Alternativas à prisão**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: RT. 2.^a ed. 2000.
- BARROSO. Luís Roberto. **Dez Anos de Constituição de 1988. (Foi bom para você também?)** in A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. Centro de Estudos Konrad Adenauer Stiftung. Debates. 1999
- BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos – Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Revan. 1990.
- BOBBIO. Norberto. **Teoria Geral da Política. A filosofia política e a lição dos clássicos**. Org: Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000. São Paulo: Globo. 1974.
- BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 20.^a ed. 2007
- BRAITHWAITE, John and PETTIT, Philip. **Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice**. Oxford University Press, Inc, New York. 1990.
- BRAITHWAITE, John. **Crime, Shame and Reintegration**, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, John. **Restorative; Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts**, in M. Tonry (ed), *Crime and Justice: A Review of Research*, Chicago, Ill.: Chicago University Press. 1999
- BRUNO. Anibal. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 5.^a ed. 1997.
- CALDEIRA, Teresa Pires. **Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: EDUSP, 2000 [City of walls: crime, segregation and citizenship in São Paulo, 2000
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 1993.
- _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. RT. 1.^a ed. Brasileira. 2008.

CARONE, Edgard. **Corpo e Alma do Brasil. A Quarta República (1945-1964)**. São Paulo. Rio de Janeiro: Difel. 1980.

_____. **Corpo e Alma do Brasil. A República Velha (Instituições e Classes Sociais)**. São Paulo: Difusão Européia do Livro. 1970.

CASTRO, Celso. **A Proclamação da República**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2000.

CHAMON JUNIOR. Lúcio Antonio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**, São Paulo: RT, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA. Jose de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra. 2005.

CUNHA LIMA, João Milanez da. e CUNHA LIMA, Luis Fernando C. da. **Perfil Social do Crime**. São Paulo: Ibrasa, 2008.

DWORKIN. Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

FAORO. Raymundo. **Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes de Colarinho Branco. Por uma legitimação da atuação do Ministério Público uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre – RS. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale**. Roma: 2000. Ed. Laterza

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. E COSTA ANDRADE, Manoel da. **Criminologia. O homem delinqüente e a Sociedade Criminógena.** 2.^a Reimpressão. Coimbra: Edt. Lisboa. 1997.

FIGUEIREDO COSTA, Leonardo Luiz de. **Limites Constitucionais do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

FIGUEIREDO JR. César Crissiúma de. **A Liberdade no Estado Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva. 1979.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão.** Petrópolis: Vozes.1994.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia frente ao gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.** Barcelona: Ed. Ariel, S.A.. 1996.

GARLAND, David. **Punishment and Modern Society. A Study in social theory.** New York: Oxford University Press. 1995.

GEIS, Gilbert. F.MEIER, Robert and SALINGER, Lawrence M. **White-Collar Crime. Classic and contemporary views.** New York: The Free Press 3.a. ed. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal.** 2.a ed. São Paulo: RT, 1982.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell. 2005.

HUDSON, Barbara. A. **Understanding Justice. An Introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory.** Buckingham. Philadelphia: University Press. 2003.

_____. **Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity** London. Thousand Oaks. New Delhi: Sage Publications. 2003

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais,** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod and REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. 3.a. ed. New York. Oxford University Press. 2002

MAY. Larry. **Crimes against Humanity. A normative account**. New York: Cambridge University Press

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica. As origens do Sistema Penitenciário (séculos XVI e XIX)**. Revan: ICC. Rio de Janeiro, 2006.

MORHIBER. Russel. **Crimes Corporativos. O poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública**. Trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta. Página Aberta Ltda. 1995.

PEASE. Ken. Crime Reduction. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod e REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology**. New York: Oxford University Press. 2002.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Verso e reverso do Controle Penal. (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**.

PETTIT, Philip. **Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno**. Buenos Aires: Paidós, 1999.

PIERUCCI, Antonio Flavio de Oliveira. [et al]. **História Geral da Civilização Brasileira. III. O Brasil República 4. Economia e Cultura. (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**, São Paulo: RT, 1996.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Colônia. São Paulo: Ed. Brasiliense. 1999.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo. Martins Fontes. 2002.

ROSSEAU, Dominique. **La Justicia Constitucional en Europa**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Edition Juridiques Associees. Madrid. 2002.

ROXIN. Claus. **Derecho Penal., Parte General**, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá Editora. 2009.

SÁNCHEZ. Mauricio Martínez. El problema social “Sistema Penal” el sistema acusado por los abolicionistas. In ARAUJO JUNIOR. Joao Marcelo de.(org). **Sistema Penal para o Terceiro Milenio**. Ato do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan. 1991.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 [1999].

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**, in: Revista de Direito Administrativo, vol 212, 1998.

SILVA, Jorge da. **Violência e Racismo no Rio de Janeiro**. 2.^a ed. Niterói: Eduff, 2003.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal**. In. PAGLIARINI, CLEVE, SARLET (ORG.) Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Fundamentos Éticos do Direito Penal: o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma**

orientação humanista à criminalização. São Paulo: 2002. 310 fls. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Igualdade, gênero e direito: do liberalismo clássico ao pós-feminismo.** In: GIOACIOIA, CONRADO (org). Biodireito e dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Direitos Fundamentais, Liberdade e Democracia: aplicando a teoria de Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito.** Conpedi. Manaus: 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena. Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Ed RT, 2002.

SKINNER. Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno.** Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 2.^a reimpressão. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

SULLIVAN. Dennis. TIFFT. Larry. **Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective.** London and New York: Routledge. 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Crime: The Uncut Version.** New Haven: Yale University Press. 1983.

_____. **White-Collar Crime.** New York. Holt, Rinehart and Winston. 1949.

TANGERINO. Davi de P. Costa. **Crime e Cidade. Violência Urbana e a Escola de Chicago.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária.** 2.a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VON HIRSCH, Andrew and ASHWORTH Andrew. **Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy.** Oxford and Portland: Hart Publishing. 2.a. edition, 2000.

VON HIRSCH, Andrew and ROBERTS Julian V. BOTTOMS Anthony. ROACH Kent SCHIFF Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland: Hart Publishing. 2003.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. Elians Aguiar. ICC. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

_____. Os condenados da cidade. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WALGRAVE. Lode. **Restorative Justice, self-interest and responsible citizenship**. Portland, Oregon: Willan Publishing. 2008.

WALKLATE. Sandra. **Understanding Criminology**. Buckingham. Philadelphia: University Press. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Manual de derecho penal: parte geral**. Buenos Aires: Ediar, 1986.

_____. **Em busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Direito Penal Brasileiro – Vol I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 2.a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena. 2008.