

ABOLICIONISMO PENAL: UMA ABORDAGEM REALISTA E SISTÊMICA

Caio Versiani Patu¹

Resumo: O presente artigo objetiva fazer uma análise das principais vertentes do abolicionismo penal, seguindo uma meta-ética realista complexa, e uma teoria sistêmica do direito, inspirada nas obras de Niklas Luhmann. Pretende-se fazer uma investigação crítica acerca das correntes foucaultiana, materialista e fenomenológica desse movimento criminológico, revelando suas possíveis contribuições para o sistema penal, bem como seus aspectos contraproducentes à ideia de um direito autônomo e autopoiético.

Palavras chave: abolicionismo penal, criminologia, teoria dos sistemas.

Abstract: The present article aims to elaborate an analysis of the main doctrines regarding penal abolitionism, adopting a complex realistic meta-ethic, as well as a systemic approach to Law, inspired by the works of Niklas Luhmann. It aspires to critically investigate the Foucaultian, materialistic and phenomenological strands of this criminological movement, by revealing its possible contributions to the legal system, as well as its counterproductive aspects to an autonomous and autopoietic rule of law.

Keywords: abolitionism, criminology, systemic theory.

¹ Graduando em Relações Internacionais na Universidade de Brasília. Contato: caiovpату@gmail.com

Introdução

O abolicionismo penal constitui uma das mais inovadoras teorias criminológicas do século XX. Surgida a partir das décadas de 1960 e 1970, em um contexto de contestação de paradigmas sociais, políticos e acadêmicos vigentes, a doutrina se propôs a repensar a própria ontologia do crime e do sistema prisional. Sendo ocupado por diversas vertentes que defendem diferentes níveis de supressão do sistema penal, o abolicionismo se desenvolveu em um campo plural e até complexo, mas sempre controverso e relevante.

A fim de empreender uma análise sistemática precisa das principais correntes abolicionistas, se faz necessário amparar-se em uma base ética e em uma teoria jurídica. Para isso, o presente trabalho busca adotar uma meta-ética *realista complexa* e uma teoria jurídica *sistêmica*, aqui percebidas como as mais adequadas formas de se pensar o direito, para entender essas vertentes criminológicas distintas. Portanto, esse ensaio conta com uma breve explanação dessas bases epistemológicas antes de adentrar no pensamento abolicionista propriamente dito.

Aqui serão investigados três âmbitos de pensamento abolicionista, abrangendo questões do pensamento de quatro autores: o abolicionismo de Michel Foucault; o abolicionismo materialista de Thomas Mathiesen; e os abolicionismos fenomenológicos de Louk Hulsman e de Nils Christie. Embora não expressem de forma alguma a totalidade do movimento, compreender as teses dessas três escolas é essencial para assimilar a sua origem, bem como seus diferentes argumentos e reivindicações.

O Realismo Complexo

O termo “realismo complexo” tem sido propagado nos trabalhos de Otávio Maciel, doutor em filosofia pela Universidade de Brasília, que o apresenta como uma proposta de um novo tipo de compreensão filosófica da objetividade. Em seu artigo “Algumas linhas de realismo complexo”, se esclarece que essa objetividade “advém de um tipo específico de orientação a objetos” (Maciel, 2023, p. 150), que não se dá por argumentos de autoridade. Ao longo desse trabalho, será explicado como essa ideia específica de realismo busca questionar a ideia de que o real é incognoscível, e apresentar preceitos propositivos para viabilizar uma investigação filosófica orientada a objetos.

Quando se fala em realismo, em uma discussão relativa à Ética Filosófica ou à Ética Jurídica, é comum a associação do termo a uma filosofia estática, naturalista ou essencialista,

na qual o que é “real” é imutável e dado por alguma entidade, ou se resume ao que é matemático e lógico, em uma abordagem inumanista. De fato, certas perspectivas no âmbito do realismo ético são problemáticas, até porque muitas se enquadram, ironicamente, no que em Meillassoux (2020) chama-se de correlacionismo: uma atitude filosófica que parte do princípio de que tudo o que existe pode ser resumido à experiência subjetiva. No entanto, aqui se propõe um modelo ético não-naturalista e complexo, dividido em dois campos, teórico e prático, que, apesar de interligados, são distintos.

Dentre a variedade de teorias no campo do realismo, uma se mostra especialmente descartável diante da perspectiva aqui defendida: o naturalismo ético. Isso porque seus defensores pregam, de acordo com Moore (1993), uma doutrina moral que, ao investigar as propriedades a partir das quais se denota o que seria “bom”, confunde as ditas propriedades com categorias intrinsecamente éticas, o que o autor chama de “falácia naturalística”. Um exemplo, ainda segundo Moore, seria a chamada Ética Evolucionista, de Herbert Spencer, que identifica erroneamente como “bom” aquilo que é mais evoluído, o que além de cientificamente incorreto correlaciona qualidades morais com propriedades não-éticas. Tal noção, além de falaciosa, também é condenável a partir da crítica anticorrelacionista de Meillassoux, uma vez que resume a ideia do que seria “bom” a propriedades apreensíveis de uma única maneira pela subjetividade humana.

Nesse sentido, outra abordagem metaética realista cujos preceitos são influenciados pela falácia naturalística e pelo correlacionismo filosófico é o utilitarismo, que tem em John Stuart Mill sua principal referência. De acordo com sua perspectiva teórica, o que seria “bom” é igualado a uma ideia de bem estar geral, ou “bem comum”, que é entendido como o que seria desejável. Novamente, tal doutrina não só prega a equivalência do correlato “bem comum” com o predicado “bom”, como ignora que a própria natureza da subjetividade humana impede que o que é *desejado* subjetivamente seja corretamente tomado com o que é *desejável* em geral.

Frente a abordagens problemáticas como as naturalísticas, teóricos da ética (e conseqüentemente do direito, como será explicado mais à frente) acabam por frequentemente recorrer a formas antirrealistas, normativistas e, principalmente, antropocêntricas de explicar a realidade. O termo “metafísica da subjetividade”, abordado também em Meillassoux (2020), descreve correntes de pensamento ontológico que compreendem a realidade como condicionada à sensibilidade do ser-humano, e caracteriza perfeitamente muitas dessas perspectivas. Inspiradas pela famigerada noção hegeliana que entende a coisa-em-si (isto é, a realidade) como inconcebível, tais concepções centralizam equivocadamente o indivíduo no estudo da ética.

Frequentemente, por exemplo, advogou-se, durante o curso da história da filosofia, uma ética teleológica, baseada na ideia de que o ser teria um propósito. Presente em diversas correntes filosóficas, incluindo na aristotélica e no idealismo, essa perspectiva comete o que Nicolai Hartmann (2020, p. 185 e ss.) chama de Erro do Normativismo. Segundo o filósofo alemão, tal erro se dá quando a ideia de “dever-ser” é tomada como mais importante do que a própria ideia do “ser”. Cabe afirmar também o teor antropocêntrico dessa visão já que, por trás da ideia teleológica do estudo dos fins, os partidários do normativismo propõem a primazia da teleologia frente à ontologia, e conseqüentemente defendem o “agir-por-propósito” do ser humano como centro de seu estudo metafísico.

Ainda em exemplos de doutrinas filosóficas antirrealistas, os céticos emotivistas defendem uma teoria da metaética na qual se sustenta que é impossível conhecer a moral, e por isso qualquer proposição ética pode ser resumida a paixões individuais ou expressões emocionais. Embora existam formas distintas de defender o ceticismo, a vertente emotivista entende qualquer tipo de afirmação moral como inválida, uma vez que não é possível saber se essa asserção é verdadeira. A partir dessa óptica, essa corrente pode ser inserida no termo meillassouxiano “metafísica da intersubjetividade”, já que embora não necessariamente descartem a existência de uma realidade independente, seus autores optam por não a tomar como objeto de estudo, preferindo, ao contrário, centralizar seu inquérito intelectual no que pode ou não ser sentido pelo ser humano.

Perante grande parte dos problemáticos elementos antirrealistas, normativistas e antropocêntricos de diversas correntes filosóficas que objetivam estudar a Ética, a obra do filósofo inglês George Edward Moore se apresenta como um apropriado contraponto. Em Moore (2013), a Ética assume uma complexidade quando o autor a divide em um ramo teórico e um ramo prático, competindo ao primeiro a tarefa de entender as propriedades com as quais se denota o “bem” (o que é bom); e, ao segundo, de entender como colocar em prática o que é trabalhado na teoria (como agir de forma boa). A partir do entendimento de tal noção, é possível evitar o Erro do Normativismo, percebendo uma ética na qual o “ser” e o “dever-ser” estão em equilíbrio de forças, sendo ramos distintos, ainda que interligados.

Para exemplificar essa tarefa dupla da Ética, cabe pensar na admiração: embora seja uma qualidade teoricamente boa, a admiração pelo nazismo não pode ser considerada um bom exercício prático dessa qualidade. Nesse sentido, é importante se utilizar do conceito platonista de *symploke*, ou seja, de congregação de ideias para operar essa dupla tarefa. Para Platão, da mesma forma que ideias precisam ser conectadas por outras ideias (significado do termo

symploke), o âmbito dos princípios e o mundo concreto são interdependentes, e agir corretamente envolve uma combinação de ambos. Dessa forma, retomando o exemplo inicial, caberia entender que admiração é um conceito que na prática relaciona-se com outro, e por conseguinte, agir na prática para conectar “admiração” com outra noção de forma correta, tal como “admiração pela paz”.

Finalmente, como contraponto ao antropocentrismo filosófico muito comum na modernidade e exemplificado pelo ceticismo moral, a visão mooreana também se mostra efetiva. Na concepção do filósofo inglês, o objeto central da Ética não deve ser o ser humano, e sim o conceito de “bem”, que é entendido como indefinível. Dessa forma, afasta-se da centralização da subjetividade humana no estudo ontológico, e abre-se o caminho para um realismo complexo, afastado dos naturalismos e resistente ao antropocentrismo quanto ao normativismo.

A Teoria dos Sistemas

Discorrer acerca das diferentes perspectivas abolicionistas é uma tarefa que, além de necessitar de uma perspectiva ética, também necessita de uma abordagem jurídica coerente. A partir de uma forma complexa do realismo ético, a teoria de sistemas, que tem no sociólogo alemão Niklas Luhmann o seu principal representante, apresenta uma abordagem adequada de se pensar o direito, e por conseguinte suas teorias criminológicas.

Em sua obra intitulada *Introdução à Teoria dos Sistemas* (2010), Luhmann organiza sua extensa pesquisa até então e elabora sua tese, o que inclui a polêmica alegação de que a sociedade não seria feita de indivíduos, mas de comunicação. Embora aqui não seja necessário tomar essa perspectiva como absolutamente verdadeira, ela se mostra um ponto de partida interessante para o inquérito sociológico, uma vez que se afasta do tradicional antropocentrismo de muitas análises filosóficas a partir da modernidade. Trazendo tal interpretação para o ramo da Ética realista complexa, uma sociedade cujo elemento principal é o comunicar-se, agir eticamente significa se relacionar com outros sistemas de forma boa, a partir de noções previamente pensadas no campo teórico.

Isso posto, é necessário salientar que os ditos “sistemas”, cujas interações entre si (comunicação) configuram o elemento definidor da sociedade, não necessariamente são outros indivíduos humanos. Tanto a arte, quanto a sociologia, quanto a economia, a política, a religião e, como ressaltado aqui, o direito se enquadram como sistemas na perspectiva luhmanniana.

Nesse contexto, esses sistemas sociais são, ou ao menos devem aspirar ser, autopoieticos: capazes de se reproduzir e cujo produto é ele próprio. Pensando no ramo do direito, o processo legislativo caracteriza um exemplo de sua autopoiese: o próprio sistema cria, se mantém e trabalha em cima de sua própria reprodução.

Nesse contexto, é natural questionar acerca de uma definição mais exata desse termo luhmanniano: afinal, o que são sistemas? Em Luhmann (2016), o sistema é dado como operativamente fechado e cognitivamente aberto. Ou seja, embora sua estrutura seja fechada, ele é capaz de aprender com outros sistemas. Não é porque o direito pode dialogar com a ética, por exemplo, que os dois podem ser considerados como intercambiáveis, já que quando um sistema se abre inteiramente ele é absorvido pelo ambiente e deixa de existir, como é possível perceber em:

“Uma separação clara entre justiça e juízo moral, isto é, reflexão ética, é apenas uma questão da autonomia do sistema jurídico. Ela garante também a independência do direito em relação à avaliação moral do direito e, não por último, garante a possibilidade de dissenso moral na avaliação de questões jurídicas. Além disso, ela é a condição de possibilidade para que de algum modo se possa saber de que trata determinado assunto quando se pergunta pela qualidade moral e ética da justiça”. (LUHMANN, 2016, p.310)

A partir dessa compreensão, é razoável definir o sistema pela sua diferenciação com o seu ambiente: aquilo que é jurídico está incluído no direito, e o que não é jurídico não faz parte desse sistema.

Tendo o direito como um sistema autopoietico operativamente fechado, é importante distingui-lo de outros sistemas com as mesmas propriedades (ser humano, política, economia, etc.): afinal, o que é o direito? De acordo com a perspectiva sistêmica, a função do direito é a generalização congruente de expectativas normativas. De acordo com esse entendimento, existem, em todos os meios sociais, uma série de expectativas em relação a regras jurídicas, e em razão delas acaba por surgir uma série de normas relativas às ações humanas nesse meio social, geralmente impostas por uma organização soberana. Isso não significa, todavia, que o direito pode ser correlacionado àquele que impõe essas normas (juízes, legisladores, advogados, imperadores), uma vez que a expectativa de seu cumprimento é algo que sempre existe. Nesse sentido, também é possível perceber uma coerência com o realismo

complexo, uma vez que se toma o direito não como algo subjetivo ou antropocêntrico, mas como uma característica social constante.

Também cabe notar que a teoria sistêmica do direito evita com sucesso a falácia naturalística conceituada por Moore, uma vez que percebe o direito como contrafactual. Isso significa dizer que, como o direito funciona segundo uma expectativa normativa, ele não apresenta o papel de refletir a sociedade ou de simplesmente descrever realisticamente o seu meio social. Dessa forma, não se iguala a descrição da realidade com a definição do dever-ser, o que seria típico de uma concepção realista, porém naturalística, do direito.

Diante dessa perspectiva, tendo o direito como um sistema autopoiético e autorreferente, é adequado tomar o direito penal como um subsistema, sobre o qual também deve-se fazer uma leitura ontológica realista. Como parte da autorregulação do sistema do direito, seu papel de regulação do exercício de poder punitivo está inserido na função sistêmica de generalização congruente de expectativas normativas. Nesse contexto, essas expectativas normativas resistem à frustração factual, isto é, um ato de rompimento das regras iniciais de conduta (quando se comete um crime) provoca a entrada em voga dos princípios que regem a aplicação penal, ou seja, o direito processual penal.

Portanto, uma análise sóbria ao debate abolicionista requer tanto uma perspectiva ética complexa e uma abordagem sistêmica acerca do direito. Aqui, a proposta é discutir três enfoques tradicionais da teoria do abolicionismo penal, foucaultiano, materialista e fenomenológico. Embora longe de representarem a totalidade do movimento, tais vertentes são um ponto de partida fundamental para entender a tese e os objetivos abolicionistas.

O Abolicionismo Foucaultiano

O livro *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*, publicado em 1975 pelo filósofo francês Michel Foucault, é referência para vários teóricos abolicionistas, que se apropriam da crítica historicista do sistema prisional do autor para defender a eliminação do vigente modelo de justiça penal. De fato, a obra apresenta uma leitura intrigante e irreverente acerca não só do sistema prisional, como da história dos conceitos como o de punição e das diferentes modalidades de poder. Contudo, a análise de sua teoria revela a inexistência de qualquer reverência ao abolicionismo penal, bem como a ausência de uma teoria jurídica em favor de uma abordagem sociológica e política.

Em sua quarta parte, intitulada *Prisão*, a obra examina a prática e a função de tal instituição na sociedade, bem como a problematiza e questiona os seus resultados. Anteriormente, nas três partes iniciais, Foucault trata da emergência do modelo atual dessa instituição como a forma principal de punição durante o curso da história. Em *Suplício*, são contrastadas as formas de punição do final do século XIX, marcadas pela humilhação pública e caráter vingativo, com as de meados do século XX, caracterizadas por uma rotina ordeira e organizada dos condenados na prisão. Já em *Punição* explica-se que essa transição nas formas de punir se deram não por razões humanitárias, mas porque é mais benéfico e econômico para o Estado a generalização do sistema carcerário, no qual os prisioneiros são controlados de forma mais efetiva e menos espetacular. Posteriormente, em *Disciplina*, é introduzido o conceito de “corpos dóceis”, quando Foucault se empenha em discutir os métodos (disciplinas) que permitem o controle preciso das operações do corpo, assim como sua aplicação na história do sistema punitivista.

A partir desses conceitos exibidos anteriormente na obra, aqui amplamente generalizados, é necessário analisar sua quarta e última parte, na qual o autor faz considerações mais concretas acerca do então modelo penal. Em *Prisão*, conclui-se que sua forma contemporânea configura o desfecho do processo histórico que determinou os “corpos dóceis” e transformou tais instituições punitivas em uma forma de reparação penal cada vez mais generalizada: a prisão é um aparelho “natural” de disciplina ininterrupta. No entanto, Foucault a denuncia como um fracasso em prevenir a criminalidade, funcionando como um mecanismo que está em perpétua sofisticação e reprodução, sendo capaz até de consolidar a delinquência no âmbito da ilegalidade, como mostrado em:

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinqüência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa — talvez até utilizável — de ilegalidade; produzir os delinqüentes, meio aparentemente marginalizado mas centralmente controlado; produzir o delinqüente como sujeito patologizado. (FOUCAULT, 1987, p. 296)

Muitas das considerações foucaultianas apontam com sucesso os problemas do aparelho de repressão contemporâneo, e sua perspectiva histórica da transformação dos mecanismos de punição podem ser interessantes para se pensar os elementos atuais do direito penal. No entanto, a análise de *Vigiar e Punir* deixa claro que Foucault não se propõe, ao longo

da obra, a elaborar qualquer tipo de teoria do direito, sendo qualquer defesa abolicionista a partir de sua obra calcada em elementos políticos ou sociológicos, não jurídicos. Nesse sentido, vale lembrar da ideia luhmanniana do direito como operativamente fechado, não podendo ser igualado a sociologismos, historicismos, etc.

Nesse contexto, a defesa do abolicionismo encontrada em Passeti (1999) que entende o movimento como uma “invenção de micropolítica” ignora completamente a autonomia do direito como sistema autopoietico. Além disso, sua inspiração foucaultiana, expressa na ideia de ineficácia da reclusão considerando seu mecanismo de consolidação da delinquência, em nenhum momento aponta dados concretos ou algum mecanismo jurídico para sustentar sua proposição. Assim, sua defesa se limita a um subjetivo utilitarismo, aqui já afastado eticamente de acordo com a falácia naturalística de G. E. Moore.

O artigo intitulado *Justiça Restaurativa e Sociedade de Controle*, do advogado e sociólogo João Zadra, também objetiva advogar as contribuições de Foucault e do abolicionismo penal para a criminologia. Para isso, reconhece a natureza não jurídica de seu trabalho, e foca sua análise nas contribuições de sua visão na ciência jurídica. Dessa forma, a ideia foucaultiana de transformações nas formas de punição e de impossibilidade de uma única forma de direito é extrapolada para uma defesa de um direito “amplo”, construído por uma ideia de inclusão de todas as esferas da sociedade, no qual não cabe apenas aos governantes a praticá-lo:

É impossível para Foucault uma separação entre tarefas de governantes e governados. Não basta que os indivíduos governados se indignem enquanto os governos refletem e agem. É necessário que os indivíduos particulares intervenham na ordem e estratégias políticas de governo. (ZADRA, 2010, p.10)

Embora não necessariamente deva-se subscrever inteiramente a visão de Zadra, a ideia de um direito descentralizado e que dá a si mesmo os seus próprios elementos é uma forma mais realista de se pensar um abolicionismo “à moda” Foucault. Afinal, a própria concepção do realismo crítico de Hartmann trabalha com a ideia de um universo acêntrico, além de que a teoria sistêmica de Luhmann também apresenta um caráter descentralizador, na medida em que a ideia de expectativas normativas indica a não-necessidade de centralização do direito em uma única figura.

Contudo, vale acrescentar que tal modelo, embora apresente uma nova concepção de direito, não necessariamente prescreve um modelo penal abolicionista. Ainda que amplo, o sistema do direito ainda deve reconhecer as expectativas normativas como elemento que lhe confere estabilidade, e uma ausência de cumprimento de tais expectativas seria profundamente antijurídico. Dessa forma, um modelo penal descentralizado a ponto de que se relativize a própria ideia de valores e expectativas normativas não seria interessante diante de uma perspectiva realista e sistêmica.

O Abolicionismo Materialista

O filósofo norueguês Thomas Mathiesen, nascido em 1933, foi professor de sociologia do direito da Universidade de Oslo, doutor em filosofia, publicou extensamente nas áreas de sociologia do direito e criminologia, e é conhecido por ser o principal expoente da vertente marxista do abolicionismo penal. Segundo sua concepção, o direito penal configura um complexo social de normas jurídicas organizada para atender os interesses da classe social dominante, necessariamente atrelado à estrutura capitalista de produção. Sendo assim, seu abolicionismo não requer apenas a revogação do sistema penal e das prisões, mas também um movimento social amplo no sentido de contradizer as relações de poder e estruturas capitalistas, por meio do que chama de “política do inacabado”.

Antes de adentrar em sua aplicação criminológica propriamente dita, é interessante examinar o materialismo histórico *per se* diante de um entendimento realista. Em Hartmann (2020, p. 177), são caracterizados os principais equívocos na investigação ontológica, incluindo o chamado Erro da Heterogeneidade: quando se universaliza os princípios de um determinado âmbito de fenômenos e os extrapola para domínios fora de seu alcance. Para Hartmann, a teoria materialista representa o exemplo mais conhecido de tal erro, na medida em que centraliza os fatores concretos produtivos/materiais na análise conjuntural, tomando-os como suficiente para explicar até elementos no mundo das ideias, como o pensamento, a consciência e a vontade. A extrapolação de categorias físico-naturalistas para além de sua área de atuação, condenável segundo a convicção hartmanniana, também é um elemento que caracteriza a obra de Mathiesen.

Em Folter (2008), é explicado que a fundamentação metodológica da teoria de Mathiesen veio *a posteriori* de sua defesa do abolicionismo, isto é, a suas primeiras apresentações criminológicas não eram amparadas em uma teoria filosófica. Isso se mostra

aparente quando se compara alguns de seus argumentos antissistema prisional com sua perspectiva materialista. Segundo Santos (2016), o sistema penal em Mathiesen é vinculado à estrutura de produção capitalista, servindo para legitimar a opressão da classe dominante sobre a classe dominada. No entanto, tal caracterização não dialoga com muitas das principais argumentações do autor em defesa do abolicionismo penal, como em suas oito premissas contrárias à construção de novos presídios:

“(1.^a) a criminologia e a sociologia demonstram que o objetivo de melhora do detento (prevenção especial) é irreal, sendo contestável efeito contrário de destruição da personalidade e a incitação da reincidência; (2.^a) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer alguma reação do impacto de políticas econômicas e sociais na dissuasão do delito; (3.^a) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; (4.^a) a construção de novos presídios é irreversível; (5.^a) o sistema carcerário, na qualidade de instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; (6.^a) as prisões funcionam como formas institucionais e sociais desumanas; (7.^a) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; e (8.^a) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável” (MATHIESEN, 1986, p.95)

É importante ressaltar, tais premissas não são completamente dispensáveis para a teoria do direito, haja vista a própria noção luhmanniana de que o sistema jurídico é operativamente fechado, mas cognitivamente aberto, isto é, pode aprender com outros sistemas. No entanto, as considerações de Mathiesen, além de não apresentarem uma tese jurídica, não se comunicam com a pré-concepção materialista do autor, que parece ser meramente tomada como verdadeira para justificar uma série de argumentos sociológicos e políticos paralelos.

Mathiesen percebe a introdução do abolicionismo penal como um movimento revolucionário: uma nova ordem de transformações em todas as estruturas sociais, que enfrentará diversos desafios pelo sistema social repressivo. Para viabilizar tal processo, propõe o que chama de “política do inacabado”, uma estratégia de contradição constante para com o sistema penal vigente, posicionando-se sempre contrariamente a qualquer proposta punitivista, reacionária ou que simplesmente reconheça como legítimo o sistema prisional. Em Mathiesen “a contradição reiterada e competitiva é a única arma contra a absorvente formação social do capitalismo tardio” (1974, p.14).

Na medida em que advoga a transformação do direito penal por meio de um movimento popular revolucionário de contradição constante com o sistema vigente, a teoria de Mathiesen ignora inteiramente a ideia do contrafactual, essencial para o sistema jurídico. Novamente, o direito não necessariamente deve tomar um caráter majoritário, e não requer legitimidade social para seu funcionamento. Além disso, a ideia de negação pela negação defendida em tal concepção materialista ignora por completo a noção de expectativas normativas, isto é, os valores universais que devem fundamentar todos os sistemas jurídicos.

Portanto, apesar de algumas considerações pertinentes à cognição do sistema jurídico, a vertente materialista do abolicionismo penal não apresenta arcabouço teórico para sustentar uma teoria própria do direito. Baseada em um ramo teórico problemático segundo o realismo hartmanniano, busca uma transformação do sistema penal baseada em ideias políticas e sociológicas, inclusive violando certos princípios da teoria sistêmica do direito.

O Abolicionismo Fenomenológico

A fenomenologia é uma metodologia filosófica que objetiva estudar a experiência da consciência humana consigo mesma e com seu mundo-de-vida (Lebenswelt). Para isso, busca descrever os fenômenos tal como se apresentam à consciência, configurando uma investigação acerca da percepção dos indivíduos quanto à realidade. Pensar a fenomenologia em termos éticos envolve se perguntar se existem ações éticas individuais, e, se existem, se a percepção subjetiva dessas ações é relevante.

O criminólogo holandês Louk Hulsman é considerado um dos mais importantes expoentes do abolicionismo penal, a partir de sua perspectiva fenomenológica. Em sua obra seminal intitulada *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*, publicada em 1982, defende que a ideia de crime não tem uma natureza ontológica, uma vez que é um mecanismo criado pelo homem baseado em uma dicotomia entre bem e mal fabricada pelo próprio sistema penal e pelos meios de comunicação em massa. A partir desse entendimento, propõe uma supressão completa do sistema penal, proposição que também é sustentada por argumentos de funcionalidade já citados em outras vertentes abolicionistas.

Em sua concepção, Hulsman também é correlacionista e comete o Erro da Heterogeneidade hartmanniano: extrapola os princípios da intersubjetividade para definir a realidade. Ora, se a função do direito é a generalização congruente de expectativas normativas, tais expectativas são gerais, e advêm de noções humanas acerca de valores universais

acessíveis: a assimilação do valor universal vida, por exemplo, leva ao direito à vida, presente em praticamente todas as formas existentes do direito. Sendo assim, é de fato indiscutível que a ideia que se tem de crime em diferentes sistemas jurídicos é influenciada pela consciência humana, mas não se pode afirmar que por isso todo conceito de crime pode ser igualado a uma fabricação da consciência: a fenomenologia não é psicologismo.

Novamente em Hulsman (1997), o autor, a fim de sustentar sua argumentação, caracteriza o sistema penal como causador e reforçador de desigualdades sociais, se referindo a numerosos exemplos de tratamentos penais distintos a depender de aspectos do criminoso como classe e raça. No entanto, o filósofo ignora o fato de que tais desigualdades são antijurídicas, violando a ideia do contrafactual (o direito não funciona como uma reflexão ou descrição factual da realidade), o que o faz concordar involuntariamente com a perspectiva sistêmica do direito. Dessa forma, não é por meio da supressão do direito penal que se contrariam essas desigualdades, mas por um entendimento do mesmo como um subsistema de um direito autônomo, autopoietico e normativo.

Nesse contexto, o trabalho do criminólogo norueguês Nils Christie também é considerado uma importante referência do abolicionismo penal fenomenológico. Na obra deste autor, é bastante significativa sua percepção quanto a inexistência do crime, baseada também em um entendimento de tal denominação como uma construção social subjetiva. No entanto, ao contrário de Hulsman, sua teoria não defende uma anulação absoluta do sistema penal, uma vez que percebe casos excepcionais em que não há opção senão remover o criminoso do seu meio social.

A controversa alegação de que o crime não existe, como é explicado em Riboli (2019), nega novamente a natureza ontológica desse termo, que é percebido como um conceito que depende da interpretação de terceiros. Existiriam, na verdade, uma série de atos que podem ou não serem considerados indesejáveis por um grupo de pessoas com maior poder ou influência. Em um exemplo simplificado, uma criança que agride outra criança dificilmente será considerada criminosa, e muito pouco provavelmente arcará com as punições prescritas para o delito da agressão, afinal as pessoas, incluindo os grupos que dominam o entendimento jurídico (juízes, advogados, legisladores), não *percebem* tal ato como um crime.

Apesar disso, Christie não descarta a possibilidade de punição de certos delitos, se limitando a salientar, em Christie (1981), que na dúvida é melhor não punir, e, se necessária, a punição deve ser o menos dolorosa possível. Além de vaga, essa asserção coloca em xeque a

sustentação ética do abolicionismo fenomenológico: após questionar a eficácia do cárcere e da própria ontologia do crime, é proposto que se encarcere aquele que comete certos crimes. Além do mais, quando se valida a punição de apenas determinadas imoralidades, passa-se uma ideia de legalidade das outras, mesmo diante da percepção jurídica abolicionista.

Portanto, embora amparado em uma metodologia filosófica, o abolicionismo fenomenológico muitas vezes extrapola os domínios dessa corrente para pensar temas do direito. Assim, acaba-se sem uma teoria jurídica definida, que parece adotar muitos elementos da metafísica da intersubjetividade, mesmo quando uma visão realista e sistêmica seria mais adequada para pensar em uma solução para suas problemáticas levantadas, e que, em alguns casos se mostra insolitamente contraditória.

CONCLUSÃO

A perspectiva abolicionista penal traz uma série de caracterizações interessantes do sistema penal, desde a denúncia foucaultiana do cárcere em eterna sofisticação e reprodução, como a constatação em Hulsman de seu caráter muitas vezes reprodutor de desigualdades sociais. Nesse sentido, o direito, na prática de sua cognição, tem muito a aprender com essa corrente criminológica, que pode até servir para a formulação de um novo direito penal, como proposto por Zadra, ou para a melhoria dos complexos prisionais vigentes.

No entanto, uma análise sóbria de algumas das principais vertentes abolicionistas revela o seu caráter essencialmente político, e não jurídico. Dessa forma, a proposição de modelos penais que bebem da fonte do abolicionismo deve ser extremamente cuidadosa para evitar erros como no utilitarismo de Passeti, no naturalismo em Mathiesen e do Erro da Heterogeneidade cometido por Hulsman. Afinal, o presente ensaio demonstrou a facilidade com a qual muitos dos principais teóricos abolicionistas contradizem seu arcabouço teórico com suas proposições na prática.

Portanto é importante que, em sua autopoiese, o direito se reproduza e se aperfeiçoe, e nesse sentido diversas asserções vistas aqui podem ser de grande ajuda. Para isso, o florescimento desse sistema deve se dar a partir de uma congregação de ideias teóricas e práticas, com o intuito de garantir sua principal função, a generalização congruente de expectativas normativas.

BIBLIOGRAFIA

FOLTER, Rolf S. **Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal — uma comparação das idéias de Hulsman, Mathiesen e Foucault.** Verve, 14: 180 - 215, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**, 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

HARTMANN, Nicolai. *Como é possível uma ontologia crítica?* in. **Anãnsi: Revista de Filosofia**, v. 1, n. 2, p. 159-212, 30 dez. 2020. (Itens 3.8, 3.1, 3.4, 3.7, 3.9 e 3.10).

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

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition.* In: **Contemporary Crises**, vol. 10, n. 1. **Amsterdam:** Elsevier, 1986.

MEILLASSOUX, Quentin. *“O Tempo sem o Tornar-se”* in **Anãnsi: Revista de Filosofia**, v.1, n. 1, p. 196-219, 13 set. 2020.

MOORE, George Edward. **Principia Ethica.** Cambridge: University Press, 1993.

PASSETTI, Edson. **Sociedade de Controle e Abolição da Punição. São Paulo em perspectiva**, 3, 1999.

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIBOLI, Eduardo. *Um “tribunal orientado para a vítima” : o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253 - 298, 2019.

SOUZA E ROCHA DIAS MACIEL, Otávio. *Algumas Linhas de Realismo Complexo: : preceitos, duplo horizonte e isonomia epistêmica.* **Das Questões**, [S. l.], v. 17, n. 1, 2023.

ZADRA, João Lucas. **Justiça Restaurativa e Sociedade de Controle: As contribuições de Foucault e do abolicionismo penal a um novo paradigma para o Judiciário.** Paraná, 2010.