

TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: FUNDAMENTOS CRIMINOLÓGICOS PARA UMA TELEOLOGIA REDUTORA DESDE A MARGEM¹

Adrian Barbosa e Silva²

Resumo: Partindo da análise da experiência histórica da violência estrutural do sistema penal brasileiro, situado na periferia planetária latino-americana, o presente estudo objetiva analisar as bases criminológicas das estratégias de legitimação do sistema penal centradas na dogmática das teorias da pena, mormente as pretensões justificacionistas, desde o referencial da teoria crítica do controle social em criminologia (criminologia crítica), almejando verificar as condições de possibilidade e impactos de uma teoria agnóstica (ou negativa) da pena, desde o horizonte realista marginal, enquanto resposta crítica de redução de danos oriundos da manifestação do *potentia puniendi* na era do grande encarceramento.

Palavras-chave: Teoria agnóstica da pena; criminologia crítica; realismo marginal; garantismo; redução de danos.

AGNOSTIC THEORY OF PENALTY: CRIMINOLOGICAL FOUNDATIONS FOR A REDUCTIVE TELEOLOGY SINCE THE MARGIN

Abstract: Based on the analysis of the historical experience of structural violence by the criminal justice system, placed in Latin American planetary periphery, this study aims to analyze the criminological bases of the strategies of legitimating the criminal justice system focused on the dogmatic theories of punishment, especially the justificacionistas claims from the framework of critical theory of social control in criminology (critical criminology), aiming to verify the conditions of possibility and impacts of an agnostic (or negative) theory of punishment, since the realistic marginal horizon, while critical response to reduce damage caused by the manifestation of *potentia puniendi* in the age of the big incarceration.

KEY-WORDS: Agnostic theory of punishment; critical criminology; marginal realism; warrantism; reduction of damages.

¹ Trata-se de versão atualizada do ensaio originalmente publicado em: SILVA, Adrian Barbosa e. Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org.). *Criminologias e Política Criminal – I*. Florianópolis: CONPEDI, p. 500-529, 2014.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). *Visiting Scholar* no Departamento de Scienze Giuridiche da Università di Bologna (UNIBO, Itália) com bolsa PDSE/CAPES. Mestre em Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona (UB, Espanha) e Universidad para la Cooperación Internacional (UCI, Costa Rica). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Professor de Direito Centro Universitário do Pará (CESUPA) e da Faculdade Estácio do Pará (FAP). Pesquisador do Grupo Cabano de Criminologia. Advogado Criminalista. E-mail: adrian_abs26@hotmail.com

INTRODUÇÃO

“Tanto o amansamento da besta-homem como o cultivo de uma determinada espécie de homem foram chamados de ‘melhora’: Somente esses termos zoológicos exprimem realidades – realidades, é certo, das quais o típico ‘melhorador’, o sacerdote, nada sabe – nada quer saber... chamar a domesticação de um animal sua ‘melhora’ é, a nossos ouvidos, quase uma piada”
(F. Nietzsche, in “Crepúsculo dos Ídolos”)

A experiência histórica demonstra que o controle social corresponde a uma condição básica de (sobre)vivência presente nos sistemas sociais. O conseqüente disciplinamento de condutas humanas – forjado por mecanismos de limitação de liberdades – se apresenta como necessário ao cumprimento de expectativas e interesses contidos nas normas de convivência, assim como, em caso de eventual frustração, respostas sancionatórias funcionariam como instrumentos de conformação de expectativas via estabilização contra factual *a posteriori*³.

Neste sentido, o direito penal dogmático, na qualidade de discurso jurídico representativo de saber-poder, deve ser analisado desde seu horizonte de projeção discursivo, pautado na explicação dogmática que habilita as condições de possibilidade da intervenção penal (gestão normativa do poder punitivo). Subdividindo-se em teoria da norma penal, teoria do delito e teoria da pena, a estrutura dogmática atual possui na *pena* (cárcere) a sanção por excelência – epicentro sistêmico e coração dos sistemas penais – diferenciada das demais formas sancionatórias, mormente por sua peculiar característica de constrição radical da liberdade humana.

Ocorre que a prática de violências (arbitrárias) é na verdade uma constante estrutural dos sistemas repressivos ao longo da história. Não à toa Ferrajoli denuncia que a história das penas (violência pública) constitui o capítulo da história que produziu maiores danos do que a própria história dos delitos (violência privada), porque mais cruéis e mais numerosas, bem como, ao contrário dos delitos, as penas seriam programadas, conscientes e organizadas pelas agências de punitividade, porquanto, frente à (artificial) função de defesa social, não seria arriscado afirmar “[...] *que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos*”⁴.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Jerez: Fundación Universitaria, 1985, p. 36.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355.

Assim, se é a partir da pena que o poder punitivo instrumentaliza seu poder de coação, fundamental realizar diagnóstico crítico e questionar o grau de (i)legitimidade com que tem operado o sistema penal a partir da dogmática das teorias da pena frente aos *fins* (declarados) estabelecidos à punição e, portanto, a quais *objetivos* se almejou alcançar, sobretudo frente aos índices de violência com que historicamente tem operado, dando azo à potencialização da letalidade da tecnologia punitiva e da ampliação nunca antes vista da população carcerária global.

O presente estudo objetiva analisar, no plano penológico inserido na realidade de um modelo integrado de ciências criminais (direito penal e processual penal, criminologia e política criminal), as propostas justificacionistas presentes nas teorias da pena enquanto estratégias de legitimação do sistema penal à luz das criminologias, tensionando seus discursos jurídicos declarados frente ao empírico. Isso se deve porque, conforme identifica Carvalho, o problema central da penologia, desde uma perspectiva crítica, consistiria em que “[...] *os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta*”⁵.

Para tanto, trabalhar-se-á com o referencial teórico criminológico crítico (paradigma da reação ou controle social) desenvolvido e em constante autocrítica desde os idos da década de 60 e 70, sob sua orientação realista marginal latino-americanista, ofertando a hipótese de uma teoria agnóstica (ou negativa) da pena que rejeite quaisquer pretensões teóricas legitimantes, buscando, em última análise, identificar um corpo teórico criminologicamente fundamentado e com condições suficientes de responder às violências causadas pelo sistema penal desde uma política criminal alternativa cujo viés é a redução de danos.

É de se questionar, pois: se a história dos sistemas penais evidencia narrativas de violência e as teorias positivas (justificacionistas) naturalizam as consequências negativas da pena, quais as condições que possibilitam que o *status quo* da penologia brasileira não se altere? Desde o ponto de vista de um modelo integrado crítico de ciências criminais, na qual o discurso jurídico-penal incorpora a crítica externa da criminologia em seu corpo dogmático, as teorias legitimantes da pena ainda são empiricamente sustentáveis?

Acredita-se, por fim, que desde a concentração de escasso e residual – porém bastante significativo – saber-poder dos juristas é possível reconstruir o discurso jurídico-penal a partir de um novo modelo integrado de ciências criminais de viés (auto)crítico, orientando a

⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro** (Fundamentos e Aplicação Judicial). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

dogmática desde uma teleologia redutora de violências (dogmática consequente) e direcionada à contenção do poder punitivo desde suas reais condições de possibilidade atual.

1 SOBRE A PENA E AS ESTRATÉGIAS DE LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL: DA IDEIA DE *FIM* NO DISCURSO JURÍDICO-PENAL AO JUSTIFICACIONISMO

As grandes narrativas penológicas da dogmática jurídico-penal ocidental representam elaborações teóricas construídas ao longo do processo civilizatório que resultou na formação do Estado moderno, caracterizado pelas pretensões de racionalização do poder soberano e das práticas de gestão administrativa e burocrática do *homo artificialis* frente à organização da sociedade civil, projeto este de reação à legitimação religiosa do poder clérigo e descentralização política que demarcaram a identidade situacional do medievo europeu.

Neste sentido, Weber demonstra que é na centralização do poder político que reside o fundamento de justificação da soberania dos Estados modernos que passam a dispor do “monopólio legítimo da força”, é dizer, desde esta perspectiva, configurar-se-ia verdadeira “[...] *relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima*” na qual o Estado poderia existir “*somente sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores*”⁶.

A idealização hipotética do contrato social incorporou fundamentação teórica para a justificação do direito de punir, isto é, exercício da coação decorrente da prática dos poderes estatais através da cominação/aplicação/execução de penas. Neste marco, Beccaria esclarece que foi a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações dos particulares, no contexto de guerra do estado de natureza (*bellum omnium contra omnes*), que levou os homens a cederem parcela de suas liberdades ao soberano para que pudesse defendê-los, implicando que “*A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito*”⁷.

Nota-se que a caracterização teórico-contratual do direito de punir se pauta nos *fins* que o Estado poderia propiciar para os cidadãos desde a instrumentalização da dogmática jurídica ao forjar o pacto social de vida na configuração da sociedade civil, tal como Rudolf Von Ihering estabeleceu no clássico *O Fim no Direito* (1877). No campo das ciências criminais, é a partir de *A Ideia de Fim no Direito Penal* (1883), de Franz Von Liszt, fortemente influenciado por Ihering (a despeito de adotar fundamento diverso), que se tem o uso do discurso jurídico-penal

⁶ WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 61.

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.

movido pela noção de fim, qual seja nada mais que a proteção das liberdades e interesses do *lupus naturalis*.

Liszt concebia a hipótese de que a história do discurso jurídico-penal constituía a própria história da defesa dos interesses da humanidade. Concebendo a pena como o seu principal meio de instrumentalização e diferenciação frente aos demais campos jurídicos, propôs a adaptação da pena à ideia de fim, qual seja: a proteção de bens jurídicos. A propósito dos efeitos e fins da pena, eram seus termos: “*correção, intimidação, ‘inocuidade’*: eis aqui, pois, os efeitos imediatos da pena; *as forças impulsoras inerentes a ela, por meio das quais ela realiza a proteção os bens jurídicos*”⁸.

A doutrina liszteana propunha assim um modelo *teleológico diferenciador da pena*, cuja função do direito penal dogmático – resultado da autolimitação da *potestade* punitiva – e da pena aderiria à proteção dos interesses vinculados à fruição da vida social (v.g. vida, patrimônio, liberdade, segurança etc.), bem como incidiria intencionalmente no criminoso com a finalidade de sua recuperação. A relevância teórica deste modelo, apresentado inicialmente no “Programa de Marburgo” (1882) em reação ao retributivismo, residiria, no entanto, na elaboração genuína do *caráter finalista da pena*, cuja programação racionalizante da punição (*por que punir?*) permaneceria como orientação dos grandes modelos penológicos da primeira (liberal) e segunda (correcionalista) Modernidades penais.

Os estudos dogmáticos evidenciam que o primeiro grande grupo de modelos de justificação da pena residem nas chamadas *teorias absolutas da pena*, teorias estas que engendram *modelos de retribuição*. São modelos pautados na gestão do contrato social na qual o indivíduo que comete um determinado delito é concebido como parte violadora de um contrato pré-estabelecido (pacto social), devendo em resposta arcar com uma sanção na justa medida do dano causado, é dizer, da obrigação que fora descumprida e que é pretensa ou concretamente um prejuízo para a vida social.

Esta perspectiva penológica encontra raízes nas narrativas da filosofia idealista ocidental, sobretudo em *Metafísica dos Costumes* (1785), de Immanuel Kant, e *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), de Friedrich Hegel, nas quais a sanção pautada na lógica da justiça retributiva revigoraria o imperativo categórico violado (Kant) ou restauraria a ordem jurídica negada (Hegel). Assim, a pena como retribuição ao delito corresponderia a imposição de um

⁸ LIZST, Franz Von. **A Idéia do Fim no Direito Penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 56.

mal (justo) a um outro mal (injusto), necessário para realizar a justiça e restabelecer o direito antes violado, tal como na clássica fórmula de Seneca: *punitur, quia peccatum est*⁹.

De fato, os teóricos responsáveis pela elaboração do modelo correspondente às teorias absolutas realizaram esforço discursivo de legitimação do confisco do poder decisório da situação problemática existente entre vítima e autor, negando-os voz ativa, bem como qualquer fim à pena, fazendo crer que se trataria da negação da violência pela violência tão apenas. No entanto, Zaffaroni, Batista, Alagia & Slokar apontam que “*Mesmo as construções que renunciam a todo conteúdo empírico ou pragmático (as chamadas ‘teorias absolutas’) chegam à defesa social por via indireta*”¹⁰, isto porque a conservação de um estado ético mínimo no ser humano se pautaria em condições de preservação da vida em sociedade.

A despeito de sua vinculação primeira com os ideais contratualistas de racionalização do poder punitivo, a matriz teórica retributivista não prosperou nos países de cultura romano-germânica visto o desenvolvimento dos grandes modelos relativos a primeira e segunda Modernidades penais, ademais de sua inconsistência nos planos normativo e empírico, afinal “[...] *retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé –, mas não é democrático, nem científico*”¹¹, afinal, o poder político é exercido em nome do povo e o direito penal não pode buscar vingança, senão a proteção de bens para fruição dos cidadãos¹².

Neste sentido, conforme apontam Zaffaroni, Batista, Alagia & Slokar, existem historicamente dois grandes grupos de modelos justificacionistas (legitimantes) da pena pautados em funções manifestas, quais sejam: (1º) as *teorias da prevenção geral*, pautadas em um valor positivo da criminalização direcionada para os que *não delinquiram*, subdividindo-se em *positivas* (reforçadoras) e *negativas* (dissuasórias); e (2º) as *teorias da prevenção especial*, segundo as quais os *efeitos positivos* da criminalização atuam sobre os que *delinquiram*, subdividindo-se, por sua vez, em *positivas* (sustentadas pelas ideologias “re”, reprodutoras de valores positivos na pessoa) e *negativas* (neutralizantes)¹³.

As teorias da *prevenção geral negativa* se estruturam com base nos fundamentos do contrato social (Hobbes, Rousseau, Bentham, Locke, Beccaria) e compreendem o fim da pena

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5 ed. Curitiba: Conceito, 2012, p. 421.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 114.

¹¹ SANTOS, op. cit., p. 423.

¹² A premissa diz respeito ao discurso oficial hegemônico, pois “[...] *nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico: a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico*” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, op. cit., pp. 226-227).

¹³ *Ibid.*, p. 115.

como *dissuasão*, isto é, a racionalidade depositada à punição residiria na ameaça de pena para que as pessoas se vissem desestimuladas a praticar delitos, viabilizando verdadeira *coação psicológica* (Feuerbach). Nos termos de Ferrajoli, estas teorias se fundam no moderno utilitarismo de tradição iluminista que em grande parte buscou separar o direito da moral, e estariam subdivididas em: “a) *as doutrinas da intimidação exercida sobre a generalidade dos associados através do exemplo fornecido pela aplicação da pena que se dá com a condenação; b) aquelas da intimidação [...] através da ameaça da pena contida na lei*”¹⁴.

Sobre as teorias da *prevenção geral positiva*, explica Ferrajoli que, ao contrário das teorias de prevenção geral negativa, confundem direito com moral, inscrevendo-se no filão do legalismo e do estatualismo ético, “[...] *conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas*”¹⁵. Para este grupo de teorias, a pena possuiria função *integradora*, prestando-se a imposição de respeito aos valores sociais, visando a *integração social*, já que desde o contratualismo o sistema penal buscaria tutelar bens jurídicos com a repressão criminal.

Estas teorias conglobam desde toda sorte de instrumentalizações do direito penal dogmático para fins morais/educativos aos contemporâneos arquétipos como o “direito penal do inimigo” de Günther Jakobs – inspirado no funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann – para o qual a pena teria função de restaurar os valores da norma penal violada no momento do delito, isto é, seria a *confirmação da realidade das normas*¹⁶ e, assim, uma vez aplicada e executada, renovaria a fidelidade do cidadão em respeito ao direito e às instituições jurídicas.

A *prevenção especial positiva* representa corpo teórico que buscou legitimar o poder punitivo na pretensa função de melhoramento do *homo criminalis* ao conferir um efeito positivo da aplicação da pena ao infrator. Neste marco teórico justificacionista, a pena seria um bem de caráter moralizante ou psicofísico para quem delinque e a sofre, isto porque ao praticar a conduta tida como delituosa e que levou o indivíduo a ser punido, este mesmo indivíduo passaria a ser tido como alguém inferior que precisaria de cuidados direcionados a seu “melhoramento”, sobretudo frente aos interesses do corpo social.

Denota, assim, o aspecto da ressocialização do criminoso através de técnicas e métodos corretivos intra-prisionais. Isso seria possível a partir da incorporação das *ideologias “re”* (v.g. ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação

¹⁴ FERRAJOLI, op. cit., p. 257.

¹⁵ Ibid., p. 256.

¹⁶ Sobre a teoria da pena em Jakobs, cf. JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

etc.) no discurso jurídico-penal de aplicação da pena, possibilitando desta feita um melhoramento policial-biológico-materialista (biologicismo) ou ético-idealista (correcionalismo) ao indivíduo delinquente inferiorizado¹⁷.

Por fim, a *prevenção especial negativa* corresponde a uma via subsidiária de atuação à prevenção especial positiva, isto porque atua como discurso de legitimação da pena a partir do momento em que as ideologias “re” não funcionam no plano prático. Desde esta lógica de justificação, no momento em que as técnicas de cuidado e melhoramento não forem eficazes, a pena deve funcionar como técnica de *neutralização* ou *eliminação*, culminando na segregação do indivíduo ao cárcere, opção esta que viabilizaria a proteção do meio social, já que sua reclusão impossibilitaria o cometimento de novos delitos. Na operacionalidade da prevenção especial o poder punitivo opera mediante coerção direta administrativa, não restando diferenças entre esta e a pena já que ambas procuram neutralizar certo perigo¹⁸.

Independentemente de cada um destes significativos modelos teóricos de legitimação atribuírem significados e funções diferenciadas para pena, oriundas que são do projeto moderno cujo norte se projeta nos ideais civilizatório e de racionalização, mormente inspirados nos filósofos políticos ilustrados, todos realizaram modelos centrados na *ideologia da defesa social*¹⁹, isto é, implicaram conceber o sistema de justiça criminal como via hábil e efetiva para a resolução de conflitos sociais, reduzir a criminalidade, proteção de bens jurídicos e prover segurança a propósito do direcionamento específico de seus fins.

Como esclarece Baratta²⁰, a ideologia da defesa social (ou “do fim”) assumiu predomínio ideológico no setor penal a partir dos seguintes princípios estruturais: a) *princípio de legitimidade*: o Estado detém legitimidade para reprimir a criminalidade a partir das agências de controle social; b) *princípio do bem e do mal*: o delito é um dano à sociedade e o delinquente é um elemento negativo, assim “criminoso (mal) x sociedade constituída (bem)”; c) *princípio de culpabilidade*: o delito é expressão de uma atitude interior reprovável; d) *princípio da finalidade/prevenção*: a pena possui funções retributivas e preventivas; e) *princípio da igualdade*: por criminalidade se entende a violação da lei penal e os criminosos correspondem

¹⁷ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, op. cit., pp. 126-127.

¹⁸ Ibid., p. 128.

¹⁹ Sobre a defesa social, esclarece Massimo Pavarini: “*O conceito de defesa social tem subjacente uma ideologia cuja função é justificar e racionalizar o sistema de controle social em geral e o repressivo em particular. Como tal foi e é a ideologia própria da ciência penal, através da qual se justifica como conhecimento e prática racional. A defesa social reivindica o mérito de ter liberado a política criminal (e em particular a penal) das hipotecas de velhas interpretações transcendentais e míticas e de tê-la reconduzido a uma prática científica da qual a sociedade se defende do crime*” (PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, pp. 49-50, tradução livre).

²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002, p. 42.

a uma minoria desviante; e, f) *princípio do interesse social/ delito natural*: o conteúdo da lei penal é expressão da vontade geral, constituindo o delito a violação de interesses fundamentais das nações civilizadas.

Ocorre que ao legitimar a gestão do poder punitivo para fins de proteção da sociedade centrada em táticas de contenção do criminoso (violência individual), a ideologia da defesa social pressupõe a regularidade de sua operacionalidade real e não questionou a sua capacidade de produzir violências (violência institucional), problematizando esta que será possível a partir da inserção dos dados das ciências sociais no discurso jurídico-penal, notadamente da criminologia sociológica crítica à penologia, momento em que se manuseia referencial que oferece elementos para questionamento do atual estado de coisas dogmático.

2 PENOLOGIA E CRÍTICA CRIMINOLÓGICA: DA DESCONSTRUÇÃO DO JUSTIFICACIONISMO À TEORIA CRÍTICA DO CONTROLE SOCIAL

Com a racionalização do poder punitivo na articulação da filosofia política ilustrada surgiram uma série de princípios limitadores da intervenção estatal e proteção dos direitos dos cidadãos, destacando-se a legalidade como reprodutora da ideologia legitimante, pois é a partir dela que advirá a incorporação dos princípios da defesa social na lei penal e, portanto, orientará normativamente a intervenção penal ao determinar os horizontes ideológicos de projeção do sistema penal a partir da justificação teórica da pena.

Para uma análise crítica, duas premissas são fundamentais: (1^a) o princípio da legalidade constitui limitação débil do poder punitivo e não corresponde mais do que parcialmente e de maneira contingente ao funcionamento efetivo do sistema punitivo, manipulado com sabedoria e sem escrúpulos pelo poder, indo muito além da regulação normativa imposta pela dogmática²¹; e, (2^a) a pena, seu sentido, suas funções e finalidades não podem ser entendidos se não são inseridos ao mesmo tempo dentro de um sistema socioeconômico e na forma de um Estado imperante²².

As premissas implicam atenção à realidade político-econômica da narrativa histórica em que as tecnologias punitivas (teorias da pena) foram forjadas, cabendo análise a partir do

²¹ BARATTA, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal. **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, n. 14, 1986, pp. 170-171.

²² BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. *Papers: Revista de Sociología*, Barcelona, 1980, p. 99. V.13

“curso dos discursos sobre a questão criminal”²³, com destaque para os principais discursos criminológicos de fundo responsáveis por fundar a estrutura lógica das teorias penais.

A abordagem das teorias legitimantes se deve ao fato de os discursos penológicos clássicos ainda permearem as legislações pátrias, sendo base estrutural do modelo de penologia oficial(izado). O que agudiza a necessidade de reprodução do discurso oficial é, a despeito de sua total incompatibilidade com os próprios fatos em que se dá a realidade do sistema penal, a sua constante (re)formatação a partir dos atuais discursos de maximização do poder punitivo e que não obstante encontram guarida em novas formas de manifestação da tecnologia e programação punitivas como aponta a nova penologia (*new penology*).

O primeiro significativo discurso criminológico teria surgido, explica Zaffaroni²⁴, em 1484 com a edição do *Malleus Maleficarum*, um refinado manual explicativo de causas e formas de combate ao mal, que mesclou um primitivo modelo integrado de ciências criminais (direito penal e processual penal, criminalística, criminologia etiológica) norteado pela confusão *crime x pecado*, demarcando a alta das teorias retributivas centradas na expiação.

Aponta o mestre portenho que no exercício do poder clérigo no limiar da Santa Inquisição europeia, à luz do maniqueísmo escolástico, a Igreja elegeu a heresia e a bruxaria como males da humanidade, formulando as bases da hegemonia inquisitorial que viria a se perpetuar nos grandes capítulos do exercício do poder planetário: Revolução Mercantil (séc. XV), através do colonialismo; Revolução Industrial (séc. XVIII), através do neocolonialismo; e a Revolução Tecnológica (séc. XX), através da globalização. Trata-se, pois, do apogeu do *discurso teocrático*, ou período de sequestro institucionalizado da América e África.

Do século XVI ao XVIII vê-se a insurgência da chamada acumulação originária na Europa, período este de transição da sociedade baseada no modelo de produção feudal ao sistema de produção capitalista e que desembocará na Revolução Industrial na segunda metade do século XVIII. As pesquisas em criminologia²⁵ atentam para as primeiras formas de saber criminológico neste período já que até o presente momento ainda não se poderia falar em um saber autônomo. Mas o que é mais importante está na formação da classe burguesa e na conquista do poder político que a possibilitara assumir o posto de classe dominante.

²³ Para Zaffaroni não haveria melhor maneira de introduzir os “labirintos” da criminologia senão pelo curso dos discursos sobre a questão criminal, isto é, partindo-se da análise da acumulação de discursos e perspectivas em que se apercebe quedas e hegemonias, resultado das inconstantes lutas corporativas e referentes ao poder social. É, assim, que para o autor a criminologia deveria ser compreendida como “saber e arte de despejar perigos discursivos” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Criminología como Curso. In: En Torno a la Cuestión Criminal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, pp. 2-37, tradução livre).

²⁴ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, op. cit. pp. 270-280.

²⁵ Cf. BUSTOS RAMÍREZ & MALLARÉ, p. 100-101; e PAVARINI, op. cit., pp. 27-30.

O desenvolvimento da penologia e das funções da pena se dá assim no marco de desenvolvimento dos grandes e históricos sistemas político-econômicos. Deste modo, atentam Bustos Ramírez & Mallaré que com a insurgência do mercantilismo novas formas ideológicas passariam a permear os discursos da tecnologia punitiva e, transmutando a base da livre relação econômica entre os homens, o fundamento da pena passaria a não ser outro senão o livre arbítrio, isto é, a capacidade de decisão do homem, de distinguir o justo do injusto, sentido de uma falta de coação sobre ele para a realização de atos contrários ao direito²⁶.

Não à toa, desde o ponto de vista de que o criminoso é livre para tomar as suas decisões e que o crime é uma conduta consequente de uma reflexão dotada de consciência, vê-se a aparição das grandes teorias preventivas da pena pautadas na coação psicológica (dissuasão) dos cidadãos, fruto do trabalho desempenhado pelos iluministas que adquirirão voz ativa na elaboração dos discursos penais até fins da Revolução Industrial no limiar do século XIX. Este período caracterizaria um *reducionismo filosófico* no saber criminológico.

Do desenrolar da acumulação originária e o surgimento das primeiras formas de capital até fins do século XIX, o contexto europeu foi marcado pela expansão de conflituosas situações entre os polos da riqueza e da miséria, em que industriais e comerciantes ao ascenderam ao poder fizeram uso da repressão policial para conter as chamadas “classes perigosas”²⁷, pobres “desajustados” na nova ordem da burguesia europeia, modelo pré-positivista que viria a inspirar as construções dogmáticas sobre a questão criminal tanto na Alemanha como na Itália até aproximadamente os anos 30 do século passado.

Este é o campo situacional em que se desenvolvem as proposições positivistas do paradigma etiológico de matiz causal-determinista, muito porque o projeto iluminista apesar de propor técnicas garantistas de contenção do poder punitivo não obteve êxito quanto à redução das violências. Percebe-se verdadeira transição no pensamento criminológico na percepção do *homo criminalis*, propiciando alteração nos postulados liberais estruturados nas liberdades públicas para um processo de verdadeira aquisição de “cientificidade” do saber criminológico, construído a partir das ciências naturais. Trata-se pois da ingerência do campo da questão criminal pelo domínio do positivismo científico (agora, criminológico).

²⁶ Ibid., p. 103.

²⁷ O termo “classes perigosas” surgiu com o chefe de polícia francês H. A. Frégier, em “*Des Classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleurs*”, para designar as classes propensas à criminalidade. Sustenta Zaffaroni que a polícia, por não haver formulado um discurso próprio, necessitou do discurso médico para legitimar a repressão. Assim “[...] se os médicos tinham elaborado um discurso mas lhes faltava poder para lograr hegemonia, a corporação policial tinha poder, mas lhe faltava discurso de legitimação. A simbiose foi inevitável” (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las “Clases Peligrosas”: El Fracaso de un Discurso Policial Prepositivista. *Sequência*, Florianópolis, n. 51, dez., 2005, p. 141).

Se antes na elaboração iluminista a imagem do criminoso se espelhava no livre arbítrio (vontade livre e consciente), agora o “homem delinquente” carrega consigo herança genética e atávica do homem primitivo e o delito representa ente natural do ser (etiologia bioantropológica) ou as causas do delito advêm do meio em que o indivíduo se insere (etiologia sociológica) realizando confusão entre pena e medidas administrativas de segurança fundadas na necessidade de contenção da periculosidade. Se o delinquente não é mais mero infrator da norma penal, senão um ente daninho para o seio social e que necessita de tratamento (*poena medicinales*), o terreno se torna propício para a aparição das vertentes correcionalistas da prevenção especial, construídas como positividade ao apenado.

Em *Vigiar e Punir* (1975), Foucault propôs uma genealogia do “complexo científico-judiciário”, para o qual o poder punitivo se justificaria, impor regras e mascararia seus efeitos. Buscou estudar a metamorfose dos métodos punitivos desde o ponto de vista de uma *tecnologia política do corpo* buscando compreender uma história comum existente entre as relações de poder e de objeto, e então, como o homem se tornou objeto de um saber de *status* “científico” (positivismo). A partir disso, pôde explicar como se deu a transição da punição pautada em suplícios (retribuição) para os mecanismos técnico-corretivos das prisões (prevenção), e, portanto, como surgiu uma nova tecnologia do poder de punir sobre o corpo tendo se deslocado da vingança do soberano à defesa da sociedade²⁸.

Uma das hipóteses propostas por Foucault repousa no fato de que em sua análise os sistemas punitivos deveriam ser recolocados diante de uma *economia política do corpo*, de forma que “[...] *ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utiliza métodos ‘suaves’ de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e sua submissão*”²⁹.

Foucault³⁰ vai além da crítica ao *poder disciplinar* e do controle penal dos corpos dóceis na gestão do correcionalismo (*racionalidade jurídico-dedutiva*) direcionado ao *corpo-máquina*, práticas dos séculos XVII e XVIII. Em fins do século XVIII, delineia o surgimento de uma

²⁸ Em linhas gerais, “[...] o ‘espírito’ como superfície de inscrição para o poder, com a semiologia por instrumento; a submissão dos corpos pelo controle das ideias; a análise das representações como princípio, numa política dos corpos bem mais eficaz que a anatomia ritual dos suplícios. O pensamento dos ideólogos não foi apenas uma teoria do indivíduo e da sociedade; desenvolveu-se como uma tecnologia dos poderes sutis, eficazes e econômicos, em oposição aos gastos suntuários do poder dos soberanos. [...] E essa nova anatomia política permitirá recuzar as duas linhas divergentes de objetivação que vemos se formar no século XVII: a que rejeita o criminoso para ‘o outro lado’ – o lado de uma natureza contra a natureza; e a que procura controlar a delinqüência por uma anatomia calculada das punições. Um exame da nova arte de punir mostra bem a substituição da semiotécnica punitiva por uma nova política do corpo” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 40ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, pp. 98-99).

²⁹ Ibid., p. 28.

³⁰ Cf. Id., 2005, p. 291-292; e, Id., 2008, p. 354.

nova forma de manifestação do poder: o biopoder – um *poder de regulamentação (racionalidade radical-utilitarista)* –, centrado no *corpo-espécie* (população) e em práticas de natalidade, morbidade, das incapacidades biológicas diversas. Importante atentar que a incorporação das lições de Foucault pelo estudo da penologia possibilita não uma adaptação da crítica do poder disciplinar a atual política criminal, mas a depreender os impactos de “[...] *como as disciplinas que fundaram as grandes instituições de controle social (prisão, manicômio, escola, fábrica) integram, na atualidade, de forma destacada, uma complexa rede política de administração de corpos e de gestão calculista da vida*”³¹.

Na realidade do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, a atenção à figura da pena se encontra em base de grande demanda por segurança pública, na qual reina uma leitura da criminalidade violenta como mal ao qual o sistema deve reagir com rigor punitivo (*eficientismo penal*), visto que direcionado pelo medo (do crime) e insegurança (contra a criminalidade), resultando em um grande processo de expansão qualitativa (diversificação) e quantitativa (maximização) do controle penal formal e informal, e noutra via, minimização de garantias penais e processuais penais e encarceramento massivo³². Não à toa o gerenciamento e o controle atuarial estão presentes na penologia nas últimas décadas³³.

Depreende-se que todos estes modelos de teorias retributivas e preventivas (gerais, especiais, positivas e negativas) da pena funcionaram como ideologias defensivistas e legitimaram ideologicamente e juridicamente as práticas das agências de controle social pertencentes ao sistema penal. No entanto, o pensamento criminológico seguiu seu curso e novos discursos (críticos) surgiram posteriormente ao *boom* do positivismo criminológico.

Se referenciam os discursos criminológicos que surgiram a partir da década de 60 cuja matriz era sociológica e de crítica ao paradigma etiológico, notadamente o interacionismo simbólico, que possibilitou, na formatação da sociologia do desvio e teorias do etiquetamento (*labelling approach*), uma mudança da leitura de estudo do objeto “criminalidade” para os processos de “criminalização” oriundos da reação social.

³¹ CARVALHO, op. cit., pp. 138-139.

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). **Fraturas do Sistema Penal**. Porto Alegre: Sulina, 2013, pp. 33-34.

³³ Sobre os impactos da nova penologia, “[...] *marcadamente menos preocupada com as questões centrais da criminologia da década de 1970 (responsabilidade, culpabilidade, recuperação, intervenção etc.), buscará consolidar-se tomando por base técnicas de redução ou neutralização do risco, lançando mão dos recursos de uma tecnologia capaz de potencializar uma atuação estatal calcada em métodos estatísticos direcionados ao controle de grupos sociais perigosos*” (CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição**. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 12).

O novo paradigma (da reação social), cambiando o foco de análise do criminoso para as agências estatais de controle social punitivo (v.g. polícia, judiciário, legislativo, penitenciárias etc.) passa a criticar o próprio sistema de justiça criminal, sua inerente seletividade, práticas violentas e de adestramento de condutas desviantes. Nos idos da década de 70, o *labelling approach* (dimensão de definição) se aproxima do materialismo histórico (dimensão de poder) e dá as bases de uma criminologia realmente crítica³⁴, teoria do desvio portadora de lupa crítica do controle social frente as práticas de gestão do poder punitivo.

O desenvolvimento do pensamento criminológico passa a questionar os fundamentos das elaborações criminológicas fundadas na perspectiva consensual de sociedade (teorias do consenso) – a exemplo das construções criminológicas positivistas – pois entende a sociedade como um espaço de conflitualidade, controle, dominação e de desigualdade no que diz respeito às relações de poder e propriedade.

Assevera Carvalho que a crítica criminológica passa a denunciar o papel que a criminologia de corte positivista desempenhou na legitimação das instituições punitivas e do saber penal, tendo esta desenvolvido ferramentas necessárias para justificar o poder punitivo, ainda que na qualidade de disciplina “auxiliar” à dogmática penal. A adoção do paradigma etiológico desempenhou papel altamente funcional ao sistema penal e ignorou por completo as violências (re)produzidas *pelos e nas* suas agências de punitividade, resultando em graves violações de direitos humanos via processos de seletividade, consolidando, em última análise, olhar a-histórico, despreocupado com a violência institucional³⁵.

A crítica criminológica passa a compreender o controle social gerenciado pelos interesses das classes hegemônicas a partir do exercício do poder punitivo, diagnosticando o sistema de justiça criminal como mecanismo de manutenção/reprodução de desigualdades sociais e, portanto, instrumento essencialmente seletivo quanto à escolha político-criminal dos bens jurídicos a serem tutelados – criação da lei penal (*criminalização primária*) –, e discriminatório quanto ao exercício racista, classista, sexista etc., das agências de controle penal – aplicação da lei penal (*criminalização secundária*).

Em última instância, a principal contribuição das criminologias críticas diz respeito à *oxigenação do discurso criminológico com dados sociais (bases sociológicas)*, o que consequentemente levará à solidificação de um discurso de denúncia à dogmática de base

³⁴ BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? Victor Sancha Mata, Entrevista ad Alessandro Baratta. *Dei Delitti e Delle Pene*, Torino, n. 1, 1991, p. 53.

³⁵ CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, set/out, 2013, pp. 284-285.

criminológica ortodoxa formulada a partir dos ideais de assepsia e neutralidade científica, tensionando suas *funções declaradas* (discurso oficial) às *funções não-declaradas* (discurso real) do sistema penal na projeção da pena, emergindo, como resultado, um apanhado de críticas desconstrutivas das proposições teóricas justificacionistas da pena. Senão, vejamos.

(1ª) *Prevenção geral positiva*. A vertente *positiva*, considerada enquanto *estabilização social normativa*, direciona o atuar estatal a soluções penais simbólicas, que não protegem bens jurídicos individuais, não possibilitando afirmar que a punição de um indivíduo como forma de proteção dos valores gerais reforce os valores jurídicos, afinal, apesar de suscitar certo consenso na medida em que o público acreditar que o discurso seja verdadeiro, isso ocorre “[...] *não porém porque fortaleça os valores daqueles que continuam cometendo ilícitos, mas sim porque lhes garante a possibilidade de prosseguir nisso, de vez que o poder punitivo continuará recaindo sobre os menos dotados*”³⁶.

(2ª) *Prevenção geral negativa*. Afronta diretamente os preceitos constitucionais modernos que adotam o paradigma da dignidade da pessoa como valor maior das democracias e fundamento do estado de direito, já que o ser humano, a partir das atitudes estatais, passa a ser *meio* e não *fim* (violação do imperativo categórico kantiano), pois “bode expiatório”. Ademais, legitima “*intervenções punitivas orientadas para a máxima severidade, privadas de qualquer certeza e garantia, tais como a pena ‘exemplar’, e, até mesmo, a ‘punição do inocente’, desvinculada da culpabilidade e [...] verificação da existência do crime*”³⁷.

(3ª) *Prevenção especial positiva*. O fim utilitário de prevenção de futuros delitos denota o aspecto da ressocialização do criminoso a partir de técnicas corretivas intra-prisionais de “melhoramento” empiricamente indemonstráveis, afinal a crítica criminológica demonstrou, além da incapacidade das instituições punitivas respeitarem os direitos humanos, a incompetência de suas práticas na realização dos objetivos projetados no *welfarismo* penal, assim como a vagueza e indemonstrabilidade da expressão “periculosidade”³⁸. Ademais, as ideologias “re” quedam tão deslegitimadas que “[...] *utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração*”³⁹.

(4ª) *Prevenção especial negativa*. A neutralização de criminosos através do cárcere (subsidiária à falha das ideologias “re”) nada mais é que punição atroz por seleção arbitrária,

³⁶ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, op. cit., p. 123.

³⁷ FERRAJOLI, op. cit., p. 257.

³⁸ CARVALHO, 2013, pp. 80-83.

³⁹ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, op. cit., p. 126.

situando a pena fora do âmbito do direito por não respeitar a motivação comportamental da norma jurídica e que se direciona à autonomia ética da pessoa, reconhecida pelas declarações internacionais de direitos humanos. A metáfora do organismo social é bastante conveniente pois a partir dela legitima-se a neutralização do indivíduo para proteção do *corpo social*⁴⁰.

As funções preventivas estreitam historicamente o constante esforço de reinventar um projeto historicamente fracassado (“reformas isomórficas”)⁴¹, porém, além das críticas pontuais a cada uma das funções da pena, Baratta realizou crítica precisa no âmbito ideológico ao oferecer elementos para uma crítica a cada um dos princípios solidificadores da defesa social. A desconstrução está intrinsecamente relacionada às contribuições modernas das teorias criminológicas engajadas sob o enfoque macrossociológico⁴².

(1ª) *Crítica ao princípio da legitimidade.* Decorre das *teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva*. Inspiradas na teoria psicanalítica freudiana do delito por sentimento de culpa, nas explicações psicanalíticas das funções da pena por Theodor Reik, Franz Alexander e Hugo Staub, dentre outras, defende que a pena não tem a função de “[...] eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado como necessário e ineliminável da sociedade”⁴³.

(2ª) *Crítica ao princípio do bem e do mal.* Resulta da *teoria estrutural-funcionalista da anomia e do desvio*. Demonstra que o desvio é um fenômeno normal (não patológico) ligado à estrutura social. O desvio seria um fator relevante para a evolução social, sendo tão somente negativo se ultrapassasse certos limites comprometedores da harmonia social. Daí Durkheim dizer que o crime é, portanto, necessário: “*ele está ligado às condições fundamentais da vida social, mas, por isso mesmo, é útil; porque estas condições a que ele é solidário são elas próprias indispensáveis para a evolução normal da moral e do direito*”⁴⁴.

(3ª) *Crítica ao princípio da culpabilidade.* Se deve às *teorias das subculturas criminais*. Segundo este aporte, o delito não deve ser interpretado como livre expressão do criminoso direcionada à violação de valores sociais dominantes, até porque não existe *um sistema (oficial) de valores*, senão uma série de *subsistemas* possíveis aos indivíduos por meio de mecanismos

⁴⁰ Ibid., pp. 127-128.

⁴¹ “*E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão*” (FOUCAULT, op. cit., 2012, p. 218).

⁴² Cf. BARATTA, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal. Trad. Roberto Bergalli. **Revista de Sociología**, Barcelona, n. 13 (Sociedad y Delito), 1980, p. 20-24; BARATTA, 2002, op. cit., pp. 49-130.

⁴³ BARATTA, 2002, op. cit., p. 50.

⁴⁴ DURKHEIM, Émile. Le crime, phénomène normal. **Déviance et criminalité**, Paris, Librairie Armand Colin, 1970, p. 80, tradução livre.

de socialização e aprendizagem inerentes aos grupos nos quais se inserem. São fundamentais as contribuições de Robert Merton e Stanley Cohen, mas, sobretudo de Edwin H. Sutherland⁴⁵, responsável pela pesquisa dos *white-collar crimes* e da teoria da “associação diferencial”, que concebe a criminalidade como comportamento condicionado ao aprendizado (de fins e técnicas). Gresham Sykes e David Matza se destacam ainda por pretenderem corrigir as teorias das subculturas a partir das *técnicas de neutralização*⁴⁶.

(4ª) *Crítica ao princípio da finalidade/prevenção da pena.* É referida pelo *labelling approach*. São quatro as suas principais contribuições teóricas: (i) trabalha com a distinção socialização/defeitos da socialização; (ii) a exposição do indivíduo à rotulação não depende tanto da disponibilidade pessoal, senão de diferenciações em contatos sociais e subculturais; (iii) a rotulação depende de certo fatores, tais quais a adesão a certos valores, técnicas, fenômenos de estratificação, desorganização social, etc.; e, (iv) a adesão a um comportamento criminoso (resultado da adesão a certos valores) se assemelha à um legal.

(5ª) *Crítica ao princípio da igualdade.* Também decorre do *labelling approach* que rompe com a tradição etiológica, mostrando que o desvio e a criminalidade não são entes ontológicos, senão fruto de um processo social de rotulação. Trabalhando com os conceitos de *cifra oculta* e *white-collar crimes*, demonstra que a incidência do etiquetamento é seletiva e desigual, posto ser o humano concreta ou potencialmente desviante; e,

(6ª) *Crítica ao princípio do interesse social e do delito natural.* Consequência das teorias conflituais que estão baseadas no paradigma da reação social. Este aporte teórico localiza as verdadeiras variáveis do processo de definição em relação ao poder de grupos sociais, tomando em conta a estratificação social e os conflitos de interesse. Assim, possibilita a compreensão de que os processos de criminalização são representações dos interesses dos grupos que detêm poder, e não interesses gerais de toda a sociedade (teorias consensuais).

Se a defesa social possibilitou a realização de diversos modelos integrados (inquisitorial, liberal ou positivista) que estreitaram penas retributivas, preventivas ou polifuncionais (mescla de funções), a crítica de Baratta possibilita sua revisão desde uma sociologia jurídico-penal, em três aspectos: (1º) estudo de ações/comportamentos normativos

⁴⁵ SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, American Sociological Association, Washington, vol. 5, n. 1, fev., 1940.

⁴⁶ Segundo Baratta, representam aquelas “*formas de racionalização do comportamento desviante que são aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores e das normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinquente geralmente adere*” (2002, op. cit., p. 77). Segundo o criminólogo, estas técnicas são descritas por alguns autores como: (a) exclusão da própria responsabilidade; (b) negação de ilicitude; (c) negação de vitimização; (d) condenação dos que condenam; (e) apelo a instâncias superiores.

que consistem na aplicação de um sistema penal dado; (2º) estudo dos efeitos institucionais do sistema que reage ao comportamento desviante e do controle social; e (3º) o estudo (3.2) das reações não-institucionais em relação às institucionais estudadas nos dois primeiros aspectos e (3.1) da relação entre um sistema penal dado e a estrutura econômico-social⁴⁷.

Nestes termos, a crítica crimino-sociológica à dogmática jurídico-penal alimenta as condições de possibilidade de uma dogmática penal crítica, no entanto, reclama a abdicação das teorias justificacionistas da pena por serem insustentáveis no âmbito do empírico no que diz respeito à operacionalidade real do sistema penal⁴⁸.

3 TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: DO RESGATE DA TEORIA PENOLÓGICA DE TOBIAS BARRETO À RECONSTRUÇÃO HUMANITÁRIA E GARANTISTA DO DIREITO PENAL

O curso dos discursos sobre a questão criminal possibilitou o desenvolvimento do saber criminológico ao adotar o paradigma da reação ou controle social e oxigenar a dogmática jurídico-penal com dados sociais (base sociológica) ou, em última razão, a impor uma crítica sociológica ao direito penal. Naturalmente, se à dogmática é refletida crítica contumaz, não à toa a teoria da pena (penologia) também caberá mutação de seu discurso.

Segundo Carvalho, a condição de possibilidade de uma *penologia crítica*, na esteira da crítica criminológica, reclama abdicar das tradicionais teorias da pena e integrar os postulados das teorias do etiquetamento e teorias do conflito para consolidar compreensão a propósito da “(a) violência institucional (*atuação das agências do sistema penal*) e da violência estrutural (*simbiose entre estrutura política e controle social*) [...], e (b) promover ações concretas de redução de danos causados pelo punitivismo e superação da lógica carcerária”⁴⁹. Neste sentido, afilia-se à hipótese de uma teoria deslegitimante negadora de qualquer justificação jurídica à pena, isto é, teoria agnóstica (ou negativa) da pena. A seguir, os aportes de fundo.

Ora, uma vez verificada a falibilidade das *funções declaradas* da teoria da pena (prevenções gerais e especiais) desde a tensão com as *funções reais*, não declaradas (difusão da violência e da criminalidade, etc.), não se pode superar o problema a partir de uma nova teoria penológica (“reformas isomorfas”), cabendo ensaiar uma construção que surja do fracasso do

⁴⁷ BARATTA, 2002, op. cit., p. 23.

⁴⁸ N.E.: Para além da constatação de seus limites constitucionais, e admitindo-o como importante “utopia orientadora”, o presente estudo não explorou o referencial abolicionista em vista das limitações que são próprias do formato de pesquisa, tendo sido testado o referencial agnóstico enquanto opção epistemológica.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. **Polis e Psique**, v. 3, 2013, p. 156.

justificacionismo, concluindo que “*adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar*”⁵⁰.

É dizer, se não são conhecidas todas as funções que a pena cumpre, porém aquelas atribuídas pelo direito penal, mediante teorias positivas, são falsas ou não generalizáveis, urge concluir pela procura de um conceito de pena delimitador do universo do direito penal por um caminho diverso de suas funções. Para tanto, fundamental fazer um exercício de arqueologia e resgatar um saber produzido ainda no século XIX.

Para além das críticas e equivocadas leituras realizadas sobre suas obras, Tobias Barreto é sem dúvida um dos grandes visionários da história do pensamento jurídico brasileiro, e – como propôs Zaffaroni – deve ser lido como pioneiro latino-americano progressista contra a invasão do positivismo (ideologia neocolonialista), tendo resistido à “*ideologia racista reacionária disfarçada de ciência biologista anti-democrática, justificadora das elites das repúblicas oligárquicas da América Latina, da seleção racista e classista dos nossos sistemas penais, da luta contra o genocídio penal do neocolonialismo*”⁵¹.

É que as raízes para uma construção teórica de deslegitimação da pena se encontram no seu clássico texto *Fundamento do Direito de Punir*. Tobias Barreto propõe qualificada discussão a respeito da *origem e fundamento do direito de punir*, em uma perspectiva para além – em seus termos – das “bolhas de sabão teóricas” ou “quadros de fantasmagoria metafísica”, próprias dos “metafísicos do direito”, homens que possuem o especial dom de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo.

Para Barreto, as teorias do direito de punir “*não fazem mais do que procurar prender às leis da racionalidade moderna uma velha coisa bárbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que daí resulte a mínima alteração da natureza do fato*”⁵², e para tanto, propõe desqualificação da justificativa jurídica e desloca o conceito de pena para o político, considerando um erro das teorias recorrentes considerar a pena como pertencente ao jurídico.

Daí Barreto propor uma releitura da pena não como fato jurídico de restabelecimento do direito violado, mas como *ato político beligerante*, pois tal como a guerra seria um ilícito o

⁵⁰ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, op. cit., pp. 98-94.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. In: ARAUJO JR., João Marcelo. **Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 177.

⁵² BARRETO, Tobias. Fundamento do Direito de Punir. In: **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 174.

qual não se pode evitar, senão apenas minorar: “*Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”⁵³.

No resgate teórico da teoria penológica barretiana, Zaffaroni⁵⁴ propõe delimitação do horizonte por uma teoria negativa da pena. Segundo o mestre portenho, as tradicionais teorias da pena atribuem uma função manifesta (declarada) à pena e atribuem ao direito penal certa interpretação predisposta a coerção com a função atribuída, cabendo as agências de punitividade decidir sobre a coerção restante não declarada. Isto geraria duas consequências: (1ª) ficaria fora do horizonte de projeção da pena qualquer coerção estatal que não corresponda à função atribuída (e que por definição não for “punitiva”), o que acaba por confundir *poder punitivo lícito* com *poder punitivo puro*, esquecendo de sua manifestação ilícita; e, (2ª) pelo fato de a função ser positiva o Estado faria uso conforme seu interesse, e além de legitimar a pena e a teoria do direito penal, deduziria um *direito penal subjetivo*.

Ingenuidade seria crer na presunção de regularidade dos atos estatais, que o poder punitivo se manifesta tão apenas na esfera da legalidade e que a pior consequência do exercício do poder punitivo pelas agências estatais reside na repressão. O poder repressivo de processamento, condenação e execução da pena é eventual frente ao exercício de controle social de condutas públicas e privadas pelas agências de punitividade pelo *poder disciplinar* (configuração positiva). O sistema penal não se resume ao âmbito institucional e circunscreve, na margem da legalidade, controle punitivo seletivo-militarizador-verticalizador-vigilante-disciplinar, devendo ser mapeado até sua ramificação subterrânea de violência⁵⁵.

Zaffaroni delinea importante recorte de identificação das formas reais de manifestação do poder punitivo ao identificar na programação política da intervenção penal não apenas *leis penais manifestas* (código penal, leis penais especiais etc.), mas também *leis penais latentes* (leis de cunho assistencial, pedagógico, tutelar, sanitário etc.) e *leis penais eventuais* (leis que autorizam ou regulam poder psiquiátrico, médico, disciplinar), assim como, diferenciar os conceitos de *pena* (decisão de conflitos), que é um conceito que se obtém por exclusão, divergindo da *coerção reparadora* (solução de conflitos) e *coerção direta*, esta última muitas das vezes objeto de manifestação punitiva (v.g. prisões preventivas), ainda que isso não seja

⁵³ BARRETO, op. cit., p. 179.

⁵⁴ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, op. cit., p. 97.

⁵⁵ Cf. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Org., int. e rev. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2012; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa & Amir Lipes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 23-25; ANIYAR DE CASTRO, Lola. Derechos Humanos, Modelo Integral de la Ciencia Penal y Sistema Penal Subterráneo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina** (Primer Informe). Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 233-247.

reconhecido oficialmente (ato administrativo de emergência) mas corroborando verdadeira superposição do estado de polícia frente ao estado de direito⁵⁶.

Assim, a construção teórica deslegitimante é *negativa* por não conceber qualquer função manifesta positiva (de melhora) à pena e *agnóstica* por, no que se refere às suas funções latentes, confessar não conhecê-las. A construção direciona manifestação da operacionalidade real do poder punitivo (*potentia puniendi*) e não em sua construção consensual (*ius puniendi*), propondo a noção de pena enquanto “*uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*”⁵⁷. A pena nada mais é que *exercício de poder*.

Na constante tensão entre *estado de direito* (preservação das garantias do cidadão) e *estado de polícia* (exercício vertical e coação do poder punitivo), uma possibilidade factível de resistência e limitação do poder punitivo seria limitá-lo através da agência judiciária, a partir dos instrumentos oferecidos pela dogmática jurídico-penal, isto é, do afazer dos atores do jogo processual a partir do saber dos juristas. Isto se deve pelo fato de que a maior manifestação do poder punitivo no que se refere às práticas de criminalização (primária e secundária) não se encontra nas “mãos” dos juristas, mas nas das agências e subsistemas penais que, a bem da verdade, possuem maior (e principal) gestão (administrativa) do poder punitivo, como é o caso das corporações policiais sobretudo: seletivo *in put* do sistema penal.

A dogmática jurídico-penal, na metáfora do dique, recuperaria a sua *racionalidade* única e exclusivamente a partir da contenção das sujas e turbulentas águas do poder punitivo, isto é, sua funcionalidade estaria centrada na intencionalidade redutora do poder punitivo (*teleologia redutora*) e isto só seria possível com, ademais do rechaço de qualquer hipótese legitimante do poder punitivo no centro nervoso da pena, com a reconstrução e validação das garantias do mais débil⁵⁸ na proteção do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

A hipótese adotada por Zaffaroni seria a de reconstruir a dogmática do direito penal a partir do direito humanitário restaurando o direito penal liberal desde um horizonte de libertação de seus germens autoritários (antiliberais) legitimadores do *potentia puniendi* (como ocorreu, *p. ex.*, com as doutrinas que adotaram a ideologia da defesa social e teorias da pena pautadas no justificacionismo), isto porque – reafirma-se – tal como ocorre com a guerra que é limitada pela regulação jurídica do direito internacional humanitário – destaque para a Convenção de

⁵⁶ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, op. cit., p. 89-107.

⁵⁷ Ibid., p. 99.

⁵⁸ Sobre a proteção do cidadão a partir da ótica garantista da “lei do mais fraco”, cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La ley del más débil. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

Genebra (1949) –, o poder punitivo deveria ser limitado como ato político de manifestação de poder equiparado à guerra através das garantias cidadãos⁵⁹.

Zaffaroni acredita ser desnecessário adotar qualquer teoria da pena (exemplifica com os casos práticos do jurista-teórico e do professor de dogmática penal lecionando em sala de aula) para operar a redução drástica do poder punitivo. Neste sentido, são seus próprios termos: “A doutrina penalística pode reconstruir seu discurso sobre esta base, e não há nenhuma necessidade de uma ‘teoria da pena’; pode retomar o pensamento liberal e jogar ‘as sementes do mal’ que o pensamento de nosso ingênuo ‘pai liberal’ continha”⁶⁰.

Neste sentido, explica o criminólogo argentino que a programação dogmática do direito penal, adotando a dispensabilidade de uma “teoria da pena”, poderia assegurar à jurisdição penal o papel de “Cruz Vermelha” redutora do poder punitivo tendo como estratégias basilares de seu manuseio a salvação do maior número de vidas humanas, a diminuição da desigualdade e a tentativa de evitar o maior sofrimento possível, instrumentalizando, em última análise, tecnologia jurídica de contenção da (arbitrária) manifestação do poder político punitivo, isto é, *política de redução de danos*.

Nos termos de Carvalho, o resgate das garantias liberais (garantismo deslegitimante) aproximadas da crítica realista-marginal de Zaffaroni, ademais do reconhecimento político da manifestação punitiva, possibilitaria falar em uma *teoria normativa limitadora informada por uma política de redução de danos*, possibilitando “*estratégias de contração da dor decorrente da imposição da pena com a instrumentalização de mecanismos processuais de proteção do mais débil (réu/condenado) contra sanções vingativas e desproporcionais*”⁶¹.

Deste modo, concebendo ceticamente o horizonte de projeção do poder punitivo desde o ponto de vista de sua operacionalidade real, configuradora, disciplinar, verticalizante, seletividade, (re)produtora das desigualdades sociais e potencializadora de violências (estruturais) em sua manifestação, sobretudo, na margem da legalidade, o projeto de redução de danos invadiria todas as esferas de definição dos critérios de punibilidade nas instâncias estatais, é dizer legislativo (cominação), judiciário (aplicação) e executivo (execução), mas sobretudo nestas últimas duas nas quais se projetam a atuação real do jurista.

A adoção do aporte agnóstico forneceria verdadeiro *instrumental de resistência* que capacitaria os juristas militantes do sistema de justiça criminal a fortalecerem os laços

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

⁶⁰ Ibid., p. 393, tradução livre.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150.

garantistas de proteção das vidas que são cotidianamente engolidas pela máquina punitiva. Importante lembrar que a teoria não cai em inércia a ser administrada pelos atores processuais porque a ausência de justificção à pena daria condições para uma reflexão político-criminal externa (macro) de minimização do poder punitivo (v.g. despenalização, descriminalização, desmilitarização etc.) desde a inspiração utópica abolicionismo, provendo desde o “ceticismo penológico” uma redução drástica das vias de habilitação do poder punitivo estatal.

3.2 REALISMO MARGINAL PARA ALÉM DE ÍDOLOS: DO HORIZONTE AGNÓSTICO ÀS POSSÍVEIS RUPTURAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

É bem verdade que a teoria agnóstica, como toda e qualquer teoria, tem sido objeto de algumas refutações pontuais e diálogos críticos⁶² sobre suas condições de possibilidade enquanto dotadora de consistência teórica suficiente no que se refere à realização factual de seus fins redutores de violência do poder punitivo, no entanto, a despeito disso, em tempos em que se encrostam dificuldades concretas de limitação do poder punitivo, inegável que oferece interessantes construções teóricas que de fato possibilitam ratificar as garantias e proteger o mais débil (cidadão) a partir do resgate da teoria garantista liberal.

Conforme demonstrado, a proposição agnóstica se pauta na ideia de conflito social, concebendo toda a série de desigualdades de poder e bens entre cidadãos, e a partir da constatação da seletividade com que opera o poder punitivo (o direito penal mantém as estruturas sociais desiguais), busca refutar quaisquer hipóteses penológicas fundadas nos modelos consensuais ou que se erguem a partir da defesa social, notadamente, o modelo de criminologia oficial, o que por isso é de especial interesse para uma aplicação no sistema penal brasileiro por conta de suas origens históricas que ainda hoje demarcam permanências.

Em terras tupiniquins o positivismo se enraizou na obra *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil* (1894), de Nina Rodrigues, catedrático da Faculdade de Medicina da Bahia, o qual propagou a inferioridade racial dos negros com fundamento na pretensa marcha desigual do desenvolvimento filogenético da humanidade, tornando indubitavelmente pertinente o famoso questionamento: “Como pôde Lombroso florescer na Bahia?” (Zaffaroni).

⁶² Sobre as discussões entorno à teoria agnóstica. Cf. NINO, Carlos Santiago. La huida frente a las penas. **Programma**, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006, pp. 17-40; RAFECAS, Daniel Eduardo. Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena. **Revista Programma**, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006, pp. 77-88; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ¿Vale la Pena? **Revista Programma**, Buenos Aires, n. 1, oct., 2006, pp. 41-59.

Isto porque a importação e incorporação do discurso biologicista ao poder punitivo, enquanto instrumento verticalizador pretensamente voltado ao progresso civilizatório, converteu as sociedades colonizadas em imensos campos de concentração para os inferiorizados nativos (indígenas e negros africanos), aos quais se atribuiu lombrosianamente a qualidade de inimputáveis e, a partir disso, se racionalizou lógica de exclusão.

Na América Latina, a criminologia positivista deu azo a um novo modelo integrado de ciências criminais análogo ao inquisitório, e, desde sua perspectiva racista-evolucionista-colonialista, propiciou verdadeiro *apartheid* criminológico, revivificado nos governos autoritários (doutrina da segurança nacional), nas últimas décadas formalmente desconstituídos, mas ideologicamente vivos, guardando ranços de *populismo punitivo*⁶³ presentes nas políticas e legislações penais nacionais (dentre outras figuras normativas, o *inquisitorial* Código de Processo Penal é a prova real disso).

A pulsão destas teorias na realidade latino-americana advém da incorporação das codificações autoritárias que nasceram na realidade ditatorial da Europa dos séculos XIX e XX, sob a vigência do *Code d'Instruction Criminelle*, na França de Napoleão, e o *Codice Rocco*, na Itália fascista de Rocco.

No ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de a Constituição da República de 1988 adotar posicionamento absenteísta e não explicitar qualquer programação político-criminal sobre os fins da pena – isto é, não responder ao *por que punir?* mas tão apenas ao *como punir?* – as teorias legitimantes aparecem em forma de *teorias unificadoras (polifuncionais)* por atribuírem à pena uma matriz mesclada de utilidades/objetivos, conforme se depreende do artigo 59, do Código Penal (circunstâncias judiciais)⁶⁴, o qual é taxativo no que se refere à adoção das teorias absolutas e relativas (positivas e negativas) à dogmática da pena, bem como, em sentido semelhante, a Lei de Execução Penal que logo em seu artigo 1º⁶⁵, ratifica a adoção da ideologia da defesa social e finalidade ressocializadora da pena aplicada ao criminoso.

Em direção a um “genocídio tecnocolonialista”, denuncia Zaffaroni⁶⁶ que os sistemas penais latino-americanos comportam nível tão alto de violência (violência pública) que matam mais que a violência praticada por particulares (violência privada). São mortes por: confrontos

⁶³ Cf. SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2009, pp. 33-65.

⁶⁴ *In verbis*, “Art. 59, do CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (grifei).

⁶⁵ ⁶⁵ *In verbis*, “Art. 1º, da LEP. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: Aproximación desde un margen. Vol. I. Bogotá: Temis, 1988.

armados, grupos parapoliciais de extermínio, torturas, à título de “exemplo”, erro ou negligência, motins carcerários, violência exercida contra presos nas prisões, doenças não tratadas nas prisões, suicídios etc., vitimizando inclusive os próprios agentes do sistema penal.

O caso brasileiro, em especial, apresenta um sistema penal que, segundo os dados oficiais mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública⁶⁷, abarca o terceiro maior índice de encarceramento a nível global totalizando cerca de 726.354 mil pessoas presas até junho de 2017; segundo pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁶⁸, possui uma polícia militar que mata em média cerca de 12 pessoas diariamente e justifica estas mortes a partir dos famigerados autos de resistência (6.220 vítimas em 2018), já tendo registrado, conforme aponta a Anistia Internacional, que apenas com a polícias militares do Rio de Janeiro e de São Paulo contabilizaram índice de letalidade maior do que países que possuem a pena capital formalizada (42,16% a mais, em 2011)⁶⁹.

Assim, frisa-se: a emergência da assunção do *projeto realista marginal* implica a incorporação de dados sociais à construção teórica, notadamente as advindas do paradigma da reação social e criminologias críticas, bem como, adoção de horizonte de projeção do discurso jurídico-penal a partir de onde o poder punitivo se manifesta, assumindo de vez a tarefa de latinizá-lo.

No entanto, o que seria realizar uma crítica marginal? Ou melhor: “marginal”, em que sentido? Zaffaroni aponta três sentidos de compreensão: (1.º) consciência sobre a localização da América Latina na periferia do poder planetário, cujo vértice é ocupado pelos países centrais; (2.º) compreensão da necessidade de se adotar a perspectiva dos fatos de poder latino-americanos próprios de sua relação de dependência com o poder central; e, (3.º) adoção do entendimento de que a grande maioria da população latino-americana marginalizada é objeto da violência do sistema penal⁷⁰.

Desde a reverberação das violências do sistema penal – “meio civilizador destruidor de civilização”, em analogia à ironia de Nietzsche⁷¹ –, em nome das vidas que são cotidianamente devastadas, o saber dos juristas requer urgente atitude deslegitimante da pena que conceba o

⁶⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019, p. 7.

⁶⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 13, 2019, p. 8.

⁶⁹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Relatório Anual 2011**: o estado dos direitos humanos no mundo – Brasil. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/region/brazil/report-2011>. Acesso em 04, agosto de 2014.

⁷⁰ ZAFFARONI, 1998, op. cit., p. 170.

⁷¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano**: um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 243.

fracasso das teorias positivas e, adotando-se a perspectiva agnóstica, máxime a contenção das violência e possibilite a re-etização do discurso jurídico-penal.

Por fim, e em síntese, adverte Carlés a necessidade de tomada de posição deslegitimante frente ao sistema penal em vista atenciosa de todas as consequências que são oriundas da intervenção operada pela agências de punitividade do sistema penal. Segundo o autor, imprescindível seria “[...] *renunciar também a tentação de importar teorias dos países centrais sem que passem previamente pelo filtro de nossa realidade e das necessidades que criam os problemas específicos de nossa margem*”⁷², para que não ocorra importação dos problemas que aquelas mesmas teorias buscam resolver e, por via consequente, esta colonização teórica impeça com que “a árvore impeça de se ver o bosque”.

CONCLUSÃO

O enfoque social mais complexo e crítico sobre a análise do saber histórico é aquele que não compreende as narrativas geracionais da humanidade como superadoras entre si conforme o tempo se adianta, como em uma lógica de linearidade, mas ao contrário, compreende a história como portadora de rupturas e permanências que as tradições carregam consigo. Adotar esta hipótese implica, necessariamente, ir muito além de simplificações, abstrações e mitos, o que por sinal atualiza o homem moderno, que a seu tempo olha para trás e, frente às formas passadas de organização social, se julga racional e civilizado. Engana-se.

Neste sentido, fica claro que no câmbio contextual do medievo europeu – local e período em que se encontra uma das primeiras formas de saber criminológico – para a contemporaneidade brasileira não há de se pensar o atual contexto do sistema penal senão na viável maneira do “curso dos discursos sobre a questão criminal”, visto que eles (os discursos), tal como as narrativas históricas, também são forjados a partir de realidades sócio-econômicas, políticas e ideológicas, descendentes de rupturas e permanências.

Neste sentido, as teorias legitimadoras do sistema penal, que ao longo dos séculos conferiram funções positivas ao apenado ou à sociedade, quedam em fragmentação de seus pressupostos teóricos frente a constatação sociológica das criminologias críticas da impossibilidade de realização dos objetivos declarados cabendo serem rejeitadas.

⁷² CARLÉS, Roberto Manuel. ¿Ver el Árbol o ver el Bosque? El Realismo Jurídico Penal Marginal como Principio Epistemológico Fundamental para un Modelo Integrado de las Ciencias Penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Leituras de um Realismo Jurídico-Penal Marginal**. Homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica/NETPDH, 2012, p. 271.

As teorias penais positivas (retribuição e prevenção), que sempre se ergueram a partir dos fundamentos dos discursos criminológicos de fundo, mais que demonstrar incapacidade de cumprimento com suas promessas legitimadoras, senão total no mínimo não de forma generalizável, legitimam todo o sistema penal, e com ele todos os seus problemas estruturais que na América Latina são potencializados no contexto da periferia marginal do capitalismo neoliberal: genocídio em ato, *apartheid* criminológico, hiperencarceramento, sistema penal subterrâneo etc., afinal o poder punitivo, muito mais que repressor, é controlador, configurador, disciplinador, militarizante e seletivo, e, atualmente, ainda caminha na forma do biopoder, poder regulamentador gerencialista.

Se por séculos o justificacionismo permaneceu (e ainda permanece) patente nos discursos teóricos da penologia, orientando a programação e as diretrizes da política criminal que orienta os sistemas penais e explicita as finalidades da punição nas legislações e constituições globais, no atual nível de desenvolvimento do pensamento criminológico, fundamental que se atenda às necessidades emergenciais de abandono de qualquer tentativa legitimante do poder punitivo visto que, historicamente, operaram com total ignorância sobre a violência institucionalizada e naturalizaram – sem qualquer possibilidade de reflexão – os efeitos negativos da pena.

Na esteira dos grandes desafios das ciências criminais no século XXI, a busca por uma penologia crítica contemporânea centrada na proteção dos direitos humanos, em tempos de punitivismo, sem dúvida é pauta necessária e indispensável para os atores militantes no campo do pensamento criminológico, afinal, é a pena o nervo central dos sistemas penais. Ademais disso, para um estudo no espaço geopolítico latino-americanista, imprescindível que se reflita sobre as condições de possibilidade de importação dos discursos oriundos do centro global, cabendo, desde a “teoria da dependência”, compreender as relações marginais que são próprias dos países que se situam na periferia do poder planetário no contexto do capitalismo neoliberal.

Por todo o exposto, a adoção do referencial teórico de uma teoria agnóstica (ou negativa) da pena parece abrir campos de possibilidades para reflexão sobre mecanismos concretos de constrição do poder punitivo, desde uma perspectiva normativa de redução de danos a partir da efetivação garantista presente no saber dos juristas. Partir de uma atitude deslegitimadora, e que compreende a carência de justificação jurídica à pena, mas tão somente política, abre horizontes para reflexão das condições de incorporação da lógica humanitária internacional e dos direitos humanos, bem como, simultaneamente, uma crítica externa e alternativa sobre os rumos de minimização (quiçá, abolição) do tão devastador controle social punitivo.

Incoerente demais seria pensar possibilidades teóricas e críticas de um poder deslegitimado se a prioridade residisse em páginas de abstrações teóricas não relacionadas as vidas humanas situadas no plano do real, que, quando muito não são encarceradas, são exterminadas sem qualquer possibilidade de resposta e defesa. Em síntese: cabe aos juristas, na tensão entre limites e condições reais, da melhor maneira e rumo ao melhor caminho, conduzir o que está desgovernado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal. *In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). Fraturas do Sistema Penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Relatório Anual 2011**: o estado dos direitos humanos no mundo – Brasil. Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/region/brazil/report-2011>. Acesso em 04, agosto de 2014.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Derechos Humanos, Modelo Integral de la Ciencia Penal y Sistema Penal Subterráneo. *In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Primer Informe). Buenos Aires: Depalma, pp. 233-247, 1984.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? Victor Sancha Mata, Entrevista ad Alessandro Baratta. **Dei Delitti e Delle Pene**, Torino, n. 1, pp. 51-81, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal. **Papers: Revista de Sociología**, Barcelona, n. 13, pp. 12-48, 1980.

BARATTA, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal. **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, n. 14, pp. 168-183, 1986.

BARRETO, Tobias. Fundamento do Direito de Punir. *In: Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MALLARÉ, Hernán Hormazábal. Pena y Estado. **Papers: Revista de Sociología**, Barcelona, v. 13, pp. 97-128, 1980.

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

CARLÉS, Roberto Manuel. ¿Ver el Árbol o ver el Bosque? El Realismo Jurídico Penal Marginal como Principio Epistemológico Fundamental para un Modelo Integrado de las Ciencias Penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Leituras de um Realismo Jurídico-Penal Marginal**. Homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica/NETPDH, pp. 261-271, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 104, set/out, pp. 279-303, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro** (Fundamentos e Aplicação Judicial). São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. **Polis e Psique**, v. 3, pp. 143-164, 2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.

DURKHEIM, Émile. Le crime, phénomène normal. **Déviance et criminalité**, Paris, Librairie Armand Colin, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: la ley del más débil. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et alii*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel **Microfísica do Poder**. Org., int. e rev. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel **Nascimento da Biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 40ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 13, 2019.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

LIZST, Franz Von. **A Idéia do Fim no Direito Penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Jerez: Fundación Universitaria, 1985.

NINO, Carlos Santiago. La huida frente a las penas. **Programma**, Buenos Aires, n. 1, pp. 17-40, oct., 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano**: um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.

RAFECAS, Daniel Eduardo. Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena. **Revista Programma**, Buenos Aires, n. 1, pp. 77-88, oct., 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 5ª ed. Curitiba: Conceito, 2012.

SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul.-dez., pp. 33-65, 2009.

SOZZO, Máximo “Traduttore traditore”. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América latina. *In*: SOZZO, Máximo (Coord.). **Reconstruyendo las Criminologías Críticas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. **American Sociological Review**, American Sociological Association, Washington, vol. 5, n. 1, feb., 1940.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: Aproximación desde un margen. Vol. I. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**: Teoria geral do direito penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Elementos para uma Leitura de Tobias Barreto. *In*: ARAÚJO JR., Marcello João. **Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa & Amir Lipes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las “Clases Peligrosas”: El Fracaso de un Discurso Policial Prepositivista. **Sequência**, Florianópolis, n. 51, pp. 141-168, dez., 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Criminología como Curso. *In: En Torno a la Cuestión Criminal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria. *In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl ¿Vale la Pena? **Revista Programma**, Buenos Aires, n. 1, pp. 41-59, oct., 2006.