

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS SARDINHA DA MOTTA

**CRÍTICA À RAZÃO PUNITIVA: A TEORIA AGNÓSTICA DA
PENA ENQUANTO FUNDAMENTO DE UM SISTEMA PENAL
COMPATÍVEL COM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO.**

VITÓRIA
2017

MATHEUS SARDINHA DA MOTTA

**CRÍTICA À RAZÃO PUNITIVA: A TEORIA AGNÓSTICA DA
PENA ENQUANTO FUNDAMENTO DE UM SISTEMA PENAL
COMPATÍVEL COM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à
da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Professor
Doutor Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2017

MATHEUS SARDINHA DA MOTTA

**CRÍTICA À RAZÃO PUNITIVA: A TEORIA AGNÓSTICA DA
PENA ENQUANTO FUNDAMENTO DE UM SISTEMA PENAL
COMPATÍVEL COM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente estudo objetiva fornecer ao meio acadêmico uma análise crítica acerca da racionalidade punitiva contemporânea. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica das principais construções dogmáticas envolvendo as teorias justificadoras da pena a partir de seus principais teóricos. Partiu-se, em seguida, à análise dos discursos envolvendo referidas teorias positivas, buscando dissecá-los, expondo os principais traços e invenções que marcaram a evolução do sistema penal. Tendo em vista o contexto caótico de hipertrofia do poder punitivo na realidade brasileira, foi levantada como hipótese para a contenção do Estado de Polícia em seu interior, a adoção de um modelo de sistema penal que possua em seu epicentro uma teoria agnóstica da pena, visando a contenção e graduação e abolição do poder punitivo, sendo medida urgente para a redução de danos provocados pela letalidade do sistema penal e prevalecimento do Estado Democrático de Direito, bem como a possibilidade de construções dogmáticas que se orientem a partir de uma perspectiva negativa do *potestas puniendi* (poder de punir).

Palavras-chave: Crítica à Razão Punitiva. Teoria Agnóstica da Pena. Contenção do Poder Punitivo. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1 AS TEORIAS POSITIVAS DA PENA	06
1.1 TEORIAS ABSOLUTAS: HEGEL E KANT	07
1.2 AS TEORIAS RELATIVAS DA PENA	08
1.2.1 Prevenção geral negativa e positiva	09
1.2.2 Prevenção especial negativa e positiva	11
1.3 A TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO (MINIMALISMO PENAL)	12
2 - AS TEORIAS NEGATIVAS DA PENA	14
2.2 A CRÍTICA À RAZÃO PUNITIVA	14
2.3 AS TEORIAS ABOLICIONISTAS	23
3 - A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: CONCEITO, ORIENTAÇÃO FILOSÓFICA E CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA A PARTIR DO CONTEXTO DE REDUÇÃO DE DANOS	29
3.1 OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: NIETZSCHE E FOUCAULT	36
3.2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: REDUÇÃO DE DANOS?	45

3.3 A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL NO CONTEXTO DA TEORIA AGNÓSTICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A SISTEMÁTICA TELEOLÓGICA REDUTORA	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A questão criminal tem sido, inegavelmente, um dos objetos centrais de diversas discussões quotidianas nos mais variados âmbitos. O que se sabe, seja em qualquer bairro, seja na padaria, na academia etc., é que em dado momento, a resposta tida como apropriada a esses conflitos sociais e estabelecida até o presente momento tem sido o instituto da pena criminal.

Muito embora se verifiquem discussões de suma importância no que se refere à teoria do delito, em um contexto social marcado pela hipertrofia do poder punitivo, deve-se ter em mente que a discussão principal deve partir do epicentro do sistema penal, isto é: a pena.

O contexto supracitado, sem sombra de dúvidas, subsume-se à sociedade brasileira e evidencia nitidamente o que ora se afirma. Todavia, tal fato parece passar despercebido, visto que a demanda punitiva na sociedade brasileira é cada vez maior no senso comum e cada vez mais fomentado pelos meios de comunicação em massa.

Nesse mesmo contexto de crescente demanda punitiva, de encarceramento em massa, soma-se o fato de que no atual cenário carcerário brasileiro, segundo o Conselho Nacional de Justiça¹, é a de 3ª maior população carcerária do mundo com 711 mil e 463 (levando em consideração os que cumprem regime domiciliar) pessoas submetidas ao sistema penal; destes, cerca de 44% - dados do Instituto Avante em artigo de Luiz Flávio Gomes², datados do ano de 2011 - são presos provisórios aguardando julgamento e que em sua maioria poderiam estar respondendo em liberdade. Ainda, segundo matéria da Revista Consultor Jurídico, 32% destes presos são acusados de tráfico³.

¹ Ver: MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária. **Agência CNJ de notícias**. 05 jun. 2014. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. > Acesso em: 06 de novembro de 2017.

² GOMES, Luiz Flávio. **Presos Provisórios**: 44% do País. 2011. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/presos-provisorios-44-do-pais/> > Acesso em: 04 de novembro de 2017.

³ MARTINS, Jomar. No Brasil 32% dos presos são acusados de tráfico. **Revista Consultor Jurídico**. 15 dez. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-15/brasil-32-presos-sao-acusados-traffic-drogas> > Acesso em: 06 de novembro de 2017.

Partindo dessa primeira análise do cenário atual, percebe-se que a sociedade brasileira contemporânea vive um angustiante paradoxo: há um determinado método realizado pelo Estado voltado para a solução dos conflitos sociais estabelecidos no processo de criminalização primária que é veiculado e tipo pela população como algo essencial à sobrevivência da sociedade, uma verdade inquestionável, um mal necessário, um isto posto; e neste mesmo contexto verifica-se que esse método - aplicação da pena criminal - não tem atendido de forma alguma os seus pressupostos legitimadores. Em suma, há uma crise envolvendo o sistema penal e, mais especificamente, o instituto da pena, bem como deve ser questionada a própria racionalidade que envolve o poder punitivo; tal situação deve nos remontar a uma reflexão crítica no que diz respeito às teorias legitimadoras da pena, principalmente, quando analisada em concomitância com a sociedade brasileira atual.

Portanto, ante o panorama supracitado, cumpre questionar se a adoção de um modelo do sistema penal, cujo epicentro seja uma teoria que nega a própria pena e seus discursos oficiais - a *teoria agnóstica da pena* -, mirando a gradual abolição do sistema de (in)justiça criminal (*utopia orientadora*), seria capaz de frear o poder punitivo, contendo o Estado de Polícia e fazendo prevalecer o Estado Democrático de Direito?

Para que se encontre uma resposta à problemática aqui posta, se recorrerá principalmente às construções dogmáticas críticas presentes nas obras de Eugênio Raúl Zaffaroni *et al* e Salo de Carvalho, o que deverá ser amparado de igual forma às críticas traçadas pelos postulados filosóficos de Nietzsche e Foucault, e as teorias abolicionistas de Mathiesen, Houlsman, Christie e Scheerer.

Em um primeiro momento deste trabalho, será realizada uma análise de caráter mais voltado aos postulados da dogmática jurídico penal que se fundam em teorias legitimadoras da pena. Partiu-se de uma análise das teorias absolutas, cujos marcos teóricos, se encontram nas filosofias *kantiana* e *hegeliana*, principalmente, no que tange às suas principais marcas discursivas. Após, serão discutidas e analisadas os discursos concernentes às teorias relativas da pena e seus principais expoentes teóricos: a prevenção geral (positiva e negativa), prevenção especial (positiva e negativa) e o direito penal mínimo.

Em um segundo momento, será dado início ao rompimento com as teorias positivas (legitimadoras) da pena. Partiremos da crítica à racionalidade punitiva contemporânea, da crise de seus discursos, da capacidade de perpetuação do direito penal como consequência do seu processo de naturalização nas relações sociais. Sendo rompida à lógica punitiva, após as denúncias supracitadas, será dado início ao esboço da teoria abolicionista, enquanto teoria negativa da pena, através das críticas formuladas pelos seus pensadores de maior influência - Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Scheerer -, de forma que ao fim do segundo capítulo seja tornado evidente a necessidade de se partir de uma concepção que irá negar a pena.

Por fim, se dará início à discussão que diz respeito à teoria agnóstica da pena, principalmente, a partir da construção dogmática de Eugênio Raúl Zaffaroni *et al* e Salo de Carvalho. Será discorrido sobre os fundamentos filosóficos que orientam a teoria agnóstica (Michel Foucault e Friedrich W. Nietzsche). Deverá ser analisada a sua capacidade de redução de danos na contemporaneidade, tendo o abolicionismo penal como *utopia orientadora*, bem como as possíveis construções dogmáticas que podem ser produzidas ao partir de um sistema de saber da ciência penal que gire em torno a teoria agnóstica da pena.

1 AS TEORIAS POSITIVAS DA PENA

No âmbito de discussão das mais diversas e variadas teorias da pena, tem-se como norte orientador as estruturas de sociedade, pautadas ou não em Estados. Atualmente, como recorda Paulo Queiroz, a discussão relativa aos limites e finalidades do direito penal e da pena, perpassam necessariamente pela discussão acerca dos limites e fins do próprio Estado⁴.

Nesse sentido, buscando-se legitimar a existência estatal - não necessariamente em uma ordem democrática, e vendo o poder punitivo como importante vetor de manutenção da ordem social, (re)estabelecendo a ordem e a paz social, surgiram as mais diversas e variadas teorias que, em comum, possuem tão somente a assunção da pena criminal como necessária, mas quanto aos seus respectivos discursos legitimadores divergem quanto ao seu papel no contexto social e sua função, vez que a pena, enquanto epicentro do sistema de justiça criminal, enseja diversas discussões nos mais diversos âmbitos. Dentre estas, aquela que indubitavelmente fomenta as produções no âmbito da dogmática penal é o “como punir?”. Neste sentido, leciona Carvalho:

O estudo das doutrinas da pena tradicionalmente principiam com a clássica dicotomia entre as teorias absolutas (retributivas) e relativas (preventivas), caracterizando, subdividindo e conceituando modelos explicativos tidos como os únicos capazes de responder à indagação considerada como uma das mais importantes não só do direito penal mas também da teoria política: por que punir?⁵

Cumprido, para tanto, ainda que de forma meramente didática, se parar aquelas que são consideradas as teorias legitimadoras da pena - como as absolutas e as relativas - e as buscam desconstruir o papel até então delimitado à pena criminal, deslegitimando o exercício do poder punitivo - como a teoria abolicionista e a teoria agnóstica da pena.

1. 1 AS TEORIAS ABSOLUTAS DA PENA: HEGEL E KANT

⁴ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM. 2014, p. 396.

⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 243

No seio da discussão que permeiam as teorias legitimadoras da pena, trata-se de tamanho equívoco não recordar daquelas que são basilares à análise das funções da reprimenda estatal pela via da pena criminal. As teorias absolutas, são aquelas que possuem como vetores Immanuel Kant e Friedrich Hegel. Segundo os ensinamentos de Winfried Hassemer as teorias absolutas da pena

[...] se entendem independentemente de um *fim* real, elas não procuram uma saída da matéria, elas se apoiam em si mesmas e não dependem, como as teorias “modernas”, dos efeitos empíricos da pena (êxito da ressocialização, intimidação efetiva). Esses efeitos não se situam dentro dos seus horizontes teóricos, e elas não indagam por eles.⁶

Queiroz elucida que em Kant pena funcionaria como retribuição moral, ou seja, o fundamento legitimador da pena residiria na existência de um fato imoral praticado que seria retribuído por uma “dose de moralidade”: a pena. Eugênio Raúl Zaffaroni, indo mais além, afirma que Kant empreendeu esforço inigualável para não atribuir ao seu conceito de pena qualquer fim último, ocorre que tal tentativa restou frustrada, pois não fora possível ao autor desvincular o a sanção penal de seu componente ético, qual seja: “que seu conceito de pena estivesse permeado pela necessidade de conservar um estado ético no ser humano”. Afirma ainda que

As *teorias absolutas* (cujo modelo é Kant) tendem a a) retribuir b) para garantir externamente a eticidade c) quando uma ação objetivamente a contradiga d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião).

Em Hegel⁷, por sua vez, há uma teoria da retribuição jurídica, segundo a qual se entende o delito como uma violência praticada por um determinado indivíduo que nega o direito; ao passo que a pena passa a ser a violência retributiva do direito que nega “a negação do direito, ou seja, é a sua afirmação.”⁸

Apesar de as teorias absolutas da pena, em Kant e Hegel, abordarem a pena criminal como um fim em si mesmas, Hassemer recorda que a pena para os teóricos

⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Junior Editor. 2005, p. 371.

⁷ Op. cit., p. 400.

⁸ Idem, p. 401.

anteriormente referidos não é desprovida de sentido: sua necessidade se dá pela “ideia de justiça ou da vontade geral refletida moralmente”.⁹

A despeito disso, muito embora não tenham embasamento empirista cumpre ressaltar que as teorias absolutas da pena “chegam à defesa social por via indireta”, pois, “sendo a ética a pauta de convivência social, qualquer que seja o nome que se queira dar-lhe, a pena assim concebida também ganha cores de defesa social”.¹⁰

Todavia, merece a importante ressalva de que o viés voltado, em última instância que seja, à defesa social, não constitui seu “atributo” exclusivo, sendo evidente tal finalidade em todas as teorias positivas da pena.

1. 2 AS TEORIAS RELATIVAS DA PENA

Dentre as teorias relativas, entendem-se serem aquelas que se desdobram das teorias finalistas, que segundo Paulo Queiroz¹¹ “não veem a pena como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins”. Neste sentido o fim da pena:

[...] é principalmente a prevenção de novos delitos, daí porque são também conhecidas como teorias da prevenção ou prevencionistas. Dividem-se em teorias da prevenção geral – positiva ou negativa – e teorias da prevenção especial. No primeiro caso (de prevenção geral positiva), a finalidade da pena é fortalecer os valores ético-sociais veiculados pela norma, estabilizar o sistema social ou semelhante; no segundo (de prevenção geral negativa), a norma tem por objetivo motivar os seus destinatários a se absterem da prática de novos delitos; finalmente, para as teorias da prevenção especial, o fim da norma é evitar a reincidência por meio da ressocialização do condenado ou similar.¹²

A lógica das teorias relativas consiste, via de regra, em enxergar uma “tendência dos homens em lesar os demais - prevenção geral -, e da deformação individual refletida no delito cometido - prevenção especial”¹³,

⁹ Op. cit., p. 372.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1., p. 114.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² Idem, p. 401-402.

¹³ HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 372.

1. 2. 1 Prevenção geral negativa e positiva

A prevenção geral negativa, que tem em Feuerbach seu principal expoente, trabalha com a *teoria da coação psicológica*¹⁴: para além do reconhecimento dos preceitos normativos impostos, reside a ideia de que a pena criminal teria por função “a intimidação de agentes potenciais”.¹⁵ Dito de outra forma, referido discurso punitivo pretende atingir por intermédio da pena criminal dissuadir aqueles que não praticaram delitos e que, por ventura, podem vir a se sentir tentados a cometê-los¹⁶.

Segundo Jakobs, deve-se ter em mente que a teoria da prevenção geral negativa e suas variantes modernas partem de um equívoco:

[...] ela mede a vantagem potencial do delinquente e compensa essa vantagem por meio de um mal, mas negligencia os danos que o fato ocasiona para a ordem social. Para que o crime deixe de ser atrativo para outros agentes, é preciso que o mal seja mais relevante do que a vantagem obtida com o fato; no entanto, esta última é independente do dano social que o fato provoca.¹⁷

Em suma, as teorias da prevenção geral negativa:

[...] se aproximam das absolutas, quando pretendem **a)** dissuadir **b)** para assegurar os bens daquelas que poderiam ser futuras vítimas de outros, postos em perigo pelo risco de imitação da **c)** lesão aos direitos da vítima e **d)** por isso, carentes de retribuição na medida da injustiça e culpabilidade pelo ato. Em uma *segunda versão* que aspira à **a)** dissuasão para **b)** introduzir obediência ao estado, **c)** lesionado por uma desobediência objetiva **d)** apenas na medida adequada à retribuição do injusto. Distanciam-se elas das teorias absolutas em uma *terceira versão* na qual **a)** a dissuasão persegue **d)** tanto a obediência ao estado quanto a segurança dos bens daqueles que não são vítimas **c)** o delito é o sintoma de dissidência (inferioridade ética) e **d)** a medida da pena deve ser a retribuição por essa condução desobediente da vida.

Quanto a teoria da prevenção geral positiva, essa pode ser subdividida em duas versões: a sistêmica (Jakobs) e a eticizante (Welzel).

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7.ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2017, p. 428.

¹⁵ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2009, p. 41-42.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1., p.117.

¹⁷ Idem, p. 44.

Partindo da versão sistêmica, que possui Günther Jakobs como principal referencial teórico¹⁸, referido doutrinador confere à pena um caráter público a partir do momento em que o agente viola normas jurídico-penais garantidas¹⁹, ou seja, aquelas cuja observância far-se-á imprescindível para a organização social essencial²⁰. Nesse sentido, afirma o autor, que se o delito é a “*contradição à norma por meio de um comportamento*” a pena não seria nada mais que a “*oposição à violação normativa executada à custa do agente*”.²¹

Assim, conclui Jakobs que a pena possui as seguintes funções: a) primeiramente, uma função preventiva que deve repercutir no nível da interação social, protegendo tais interações mediante a validação da confiança daqueles que confiam na norma²²; b) uma função complementar, todavia, não necessariamente desejada, de que “a pena pode impressionar de tal forma o indivíduo punido ou terceiros que eles se abstenham de praticar crimes no futuro”²³.

Assim sendo, conclui-se que segundo a prevenção geral positiva o exercício do poder punitivo se dará “sobre um conflito que, até este momento, não está superado, razão pela qual, ainda que tal exercício não cure as feridas da vítima nem lhe repare os danos, cabe impor um *mal* ao autor”.²⁴ Assim, a pena criminal encontra sua medida na sua dose necessária para renomatizar o sistema, provocando o consenso.²⁵

Quanto a versão eticizante, essa buscará o fortalecimento dos valores éticos de dada sociedade pelo exercício do poder punitivo (atribuição de um castigo). Assim muito embora Welzel atribuísse a pena a condição igualmente importante de

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p.428.

¹⁹ Segundo JAKOBS, op. cit., p. 24: “[...] as frustrações exclusivamente individuais das partes do contato social não são assunto público e, conseqüentemente, não ensejam reações estatais. Ainda que o Estado pudesse assumir a persecução do violador da norma representando o indivíduo frustrado, por exemplo, para evitar linchamento, isso importaria, quando muito, num interesse público indireto na frustração. Mas, não é preciso essa intermediação, pois, com a violação de normas jurídico-penalmente garantidos, surge também um conflito público, sobretudo quando se trata de normas penais legítimas”.

²⁰ *Idem, ibidem.*

²¹ *Idem*, p. 26.

²² *Idem*, p. 31-32.

²³ *Idem*, p.33.

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.*, op. cit., p.121.

²⁵ *Idem*, p. 123.

proteção aos bens jurídicos sua “função básica seria a primeira: o *fortalecimento da consciência jurídica da população*”, ou seja, de que se atue em conformidade com o Ordenamento Jurídico (im)posto.²⁶

Ocorre que ambas as teorias da prevenção geral (positiva e negativa), segundo leciona Zaffaroni, estão mais próximas do que aparentam, isso pois:

[...] enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os.

Dito isto, deve-se partir para a análise daquelas teorias que, comumente, têm sido adotadas em conjunto com as prevenções gerais, ou seja, não as negam, mas, de certo modo, as complementam: as teorias da prevenção especial (positiva e negativa).

1. 2. 2 Prevenção especial negativa e positiva

A teoria da prevenção especial *lato sensu*, tem como seu grande marco teórico os postulados do pensamento de Franz Von Liszt. O autor alemão vê na execução da pena três efeitos, sendo o terceiro aquele que se amolde da melhor maneira ao que se tem entendido pela teoria da prevenção especial²⁷:

a) a pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente;

b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). [...] ²⁸

²⁶ *Idem*, p. 124.

²⁷ Segundo QUEIROZ, Paulo, op. cit., p. 406 os seguidores dessa corrente defendem que “[...] a finalidade do direito penal é prevenir novos crimes, ressocializando seus autores, reeducando-os etc.; ou seja, o sentido do castigo é evitar a reincidência, razão pela qual a prevenção não se dirige a todos, mas a algumas pessoas em particular, os criminosos. O direito penal pretende, em última análise, a conversão do delinquente num homem de bem”.

²⁸ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. 1.ed. Campinas: Russel. 2003, p. 144.

Conforme se extrai da preleção acima o fim da pena corresponde a tentativa de evitar o cometimento de futuros delitos pelo condenado. E para tanto, a teoria da prevenção especial subdivide-se em duas vertentes: uma negativa e outra positiva.

Conforme leciona Zaffaroni:

As teorias da *prevenção especial negativa* (cujo modelo é Garofalo) atribuem à pena uma função de a) eliminação ou neutralização física da pessoa para b) conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida c) por uma disfunção, que é sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa que é preciso responder d) na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade.²⁹

E continua afirmando que as teorias supracitadas geralmente são combinadas com as teorias da prevenção especial positiva (Ferri, von Liszt, Ancel), tendo estas a função de:

a) reparar a inferioridade perigosa da pessoa para b) os mesmos fins, c) diante dos mesmos conflitos e d) na medida necessária para a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção etc. (o chamado conjunto de *ideologias re*). As *versões moralizantes* (cujo modelo é Röder) atribuem à pena a) a função de melhoramento moral da pessoa para b) impulsionar o progresso ético da sociedade e da humanidade em seu conjunto diante de c) ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem um sintoma de inferioridade ética) e d) na medida necessária para superar essa inferioridade.³⁰

1. 3 A TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO (MINIMALISMO PENAL)

Com nítida inspiração do liberalismo, entende-se que de acordo com a teoria do minimalismo penal, a intervenção por intermédio do direito penal estaria reservada tão somente aos conflitos dotados de elevado grau de gravidade, quais sejam: aqueles “que comprometessem interesses gerais e, naqueles em que, sem tal intervenção, surgiria o risco de uma vingança privada ilimitada”. Portanto, o poder punitivo apresentaria uma afeição pelo mais vulnerável: “seja a vítima no momento do fato, seja o autor por ocasião da pena”.³¹

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.*, *op. cit.*, p. 116.

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.*, *op. cit.*, p. 128.

Nils Christie ao se posicionar pela vertente minimalista, propõe analisá-la através de um paralelo com o abolicionismo penal, concordando com diversas problemáticas trazidas à tona pela perspectiva da última corrente, todavia assumindo a pena como inevitável em certos casos:

[...] o abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável. Não podemos abolir totalmente o sistema penal. (...), no entanto, podemos avançar muito nessa direção. O crime não existe como fenômeno natural; é apenas uma forma, dentre inúmeras, de se classificarem atos deploráveis. Estamos livres para escolher, e a variação nos níveis de punição ao longo do tempo, entre Estados diferentes e dentro do mesmo Estado, ilustra essa liberdade de escolha.³²

E conclui afirmando que a teoria do minimalismo penal “afasta a visão rígida da pena como obrigação absoluta, mas obriga a motivar a escolha pela pena ou pela impunidade”.³³

Tais teorias, ao nosso ver, por flertarem com a legitimação do poder punitivo, mas, ao mesmo tempo, buscarem limitá-lo, podem ser enquadradas naquilo que Cezar Roberto Bitencourt chamara de *prevenção geral positiva limitadora*. Ao contrário da prevenção geral positiva que visa fundamentar a aplicação da pena, tal construção dogmática optara por ao mesmo tempo que buscar a afirmação da necessidade da pena e do direito penal em um Estado Democrático, exercer uma função limitadora perante o mesmo, sem, contudo, negar as funções que orientam o avanço do poder punitivo:

A defesa dessa orientação baseia-se, fundamentalmente, em que a prevenção geral deve expressar-se com *sentido limitador do poder punitivo do Estado*, isto é, como uma *afirmação razoável do direito* em um Estado constitucional e democrático de Direito.

Extremamente importante para esta orientação teórica é a consideração do Direito Penal como um meio a mais de controle social que, ao contrário dos demais, caracteriza-se pela sua formalização. Precisamente, pela formalização de base democrática do *controle social*, no sentido de que o exercício do poder punitivo por parte do Estado vê-se limitado pelos princípios e garantias reconhecidos democraticamente pela sociedade sobre a qual opera. Isso significa que, apesar de ser denominada uma *teoria preventiva*, de base relativista, com vistas ao futuro, não abandona o *princípio de culpabilidade* como fundamento da imposição de pena pelo fato

³² CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crimes**. Rio de Janeiro: Revan. 2011, p.130.

³³ *Idem*, p. 131.

passado, assumindo, portanto, e sem contradições teóricas, a ideia da *retribuição da culpabilidade* como pressuposto lógico da finalidade preventiva de delitos.³⁴

Contudo, não há de se conformar com referida teoria, pois, muito embora postule a limitação do direito penal, afirma de modo contraditória a necessidade da adoção da teoria da prevenção geral positiva que seria limitada pelo princípio da culpabilidade. Apesar do intento limitador, referida teoria se embasa na legitimação do direito penal e da pena, o que não poderia senão oferecer bases para a expansão do poder punitivo, quadro este que se agrava quando o parâmetro é a realidade brasileira.

Assim, muito embora as teorias citadas busquem, de um modo ou de outro, conferir parâmetros racionais ao exercício do poder punitivo, não há como, no contexto atual, prescindir de teorias que proponham atacar o cerne do problema - expansão do Estado de Polícia -, negando a pena e suas funções, exibindo suas contradições, seu *modus operandi*: sua racionalidade.

2 AS TEORIAS NEGATIVAS DA PENA

2.1 A CRÍTICA À RAZÃO PUNITIVA

Antes de dessecarmos as teorias negativas da pena, importa delimitar as projeções constitutivas da racionalidade penal contemporânea³⁵: tais quais os fundamentos originários que levaram ao surgimento de modalidades de exercício do poder punitivo. Adianta-se o fato de que nem todas as críticas ao modelo punitivo das prisões serão demonstradas aqui, senão posteriormente (como as principais críticas

³⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva. 20.ed. 2014, p.160.

³⁵ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, p.40, mar. 2004: “O conceito de racionalidade penal comporta dois sentidos. Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Assim, qualifico como moderna essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII”.

formuladas por Nietzsche e Foucault). Estabelecer os parâmetros a uma crítica à racionalidade punitiva, diz respeito a, necessariamente, tomar aquele exercício de poder como racional - apesar de se questionar sua (ir)racionalidade em razão da ausência de coerência entre os discursos oficiais e os latentes, o poder punitivo sempre atenderá uma racionalidade econômica do poder -, mas, ao mesmo tempo verificar que neste há necessariamente uma divisão evidente no seu discurso, principalmente no que diz respeito às suas funções. Portanto, é dizer que se faz necessária a distinção entre os discursos oficiais exarados pela dogmática penal e suas funções ocultas, ou seja, entre suas funções manifestas e latentes³⁶.

Primeiramente, importa ressaltar que o direito penal surge com uma característica inovadora, mas com uma lógica interna em sua atuação que não desaparecerá, mas tão somente se reorganizará em novas táticas, estratégias, de reorganizar o a economia política do exercício do poder punitivo. Nessa esteira surge o confisco do conflito, primeiramente pelo Soberano, posteriormente mantida pelo Estado. O confisco, ou arrogação do poder de punir para o seio do poder estatal, partirá da premissa de que a vingança particular é irracional e deve ser, por consequência, limitada por um poder pautado nos pressupostos racionais. Ocorre que, conforme ensina Zaffaroni o “pretexto de *limitar* a vingança da vítima ou de *surpir* sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa”, e mais: rebaixando “a vítima a um puro signo habilitante do poder, *o autor de uma ação lesiva também fica reduzido a um objeto sobre o qual se pode exercer poder*”.³⁷

Portanto, é possível afirmar como faz o doutrinador argentino, que:

A história da legislação penal é a história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício do soberano ou do senhor. De alguma maneira é a história do avanço e do retrocesso da organização corporativa da sociedade (Gesellschaft) sobre a comunitária (Gemeinschaft), das relações de verticalidade (autoridade) sobre as de horizontalidade (simpatia), e nessa história a posição da vítima

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p.88: “O poder estatal concede às suas instituições *funções manifestas*, que são expressas, declaradas e públicas. (...). Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas *funções latentes* ou *reais*”.

³⁷ Op. cit., p.384.

e o grau de confisco de seu direito (de seu caráter de pessoa) sempre constituíram o barômetro definitivo.³⁸

Exercício de poder verticalizador que o é, o poder punitivo se propõe à solução de conflitos - tal como todos os segmentos do direito -, todavia, como veremos, a pena é ato de poder político e, assim o sendo, jamais se prestará a resolução dos conflitos que lhe são trazidos, mas tão somente o suspenderá a partir de uma decisão de caráter eminentemente político.³⁹

Sendo assim, parte-se, primeiramente com o poder soberano, da iniciativa de confiscar a vingança da vítima quanto a um dano que lhe fora provocado por *outrem*, conferindo ao Estado o monopólio racional do exercício da vingança. Ou seja, a partir de determinado período do desenvolvimento histórico da humanidade, as lesões deixam de possuir um caráter entre os próprios agentes do dano: toda e qualquer infração lesará a lei e, por via reflexa, aquele que lhes promulgou - o poder soberano. Ressalta-se que referida lógica não cessou, ao menos no direito penal brasileiro, onde os delitos processar-se-ão, em regra, através de ação penal pública incondicionada à representação da vítima, mas pelo próprio Estado através do Ministério Público - representante estatal dos direitos da sociedade.⁴⁰

O surgimento do direito penal moderno, deu-se como desenvolvimento lógico da contenção de um exercício ilimitado do poder punitivo. Após verificar-se que o exercício do poder punitivo fundada nos suplícios⁴¹, quedou-se por sua barbárie e extrema injustiça, surgiram os críticos reformadores do direito penal que a partir da ascensão do movimento iluminista passaram a “desqualificar os suplícios reprovando-lhes a “atrocidade”⁴², que buscavam a codificação das leis⁴³ penais e a

³⁸ *Idem*, p. 385.

³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p.41-42.

⁴⁰ **Código Penal Brasileiro**: Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

⁴¹ BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal - artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan. 2004, p. 106: “Estamos portanto diante de um poder punitivo que se exerce sobre o corpo de sua clientela, seja pelo deslocamento físico compulsório do degredo, seja por seu coercitivo emprego nas galés, acolá em mutilações ou marcas a ferro quente, tendo na morte aflitiva - que sempre implicava, quando cabível, o confisco dos bens - seu máximo e espetaculoso patamar e na tortura o meio probatório processualmente consagrado”.

⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes. 2014, p.56.

⁴³ *Idem*, p.86: “É portanto necessário controlar e codificar essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem-definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades

aparição de modalidades de castigos - dentre as quais a prisão, muito embora, não fosse aqui a principal, mas tão somente mais uma entre outras - para que se exercesse a limitação à barbárie, principalmente a partir da ideia de humanidade⁴⁴.

Começam a se formar princípios basilares do direito penal moderno e que se prolongam até os tempos atuais: como a legalidade, a humanidade das penas, seu caráter de *ultima ratio*. A crítica, portanto, objetiva, ao menos em sua aparência a consagração do homem racional⁴⁵, devendo o exercício do poder punitivo pelas agências do sistema penal, respeitar os limites impostos.⁴⁶

Ocorre que, em verdade, o que há de ser criticado pelos reformadores, não traz consigo uma visão negativa do poder, mas tão somente de que o poder excessivo do soberano constitui uma irregularidade a ser corrigida, devido à má economia do poder, ou seja: parte-se para a ideia de reformulação do poder punitivo, modificando a racionalidade até então vigente no período do poder soberano, de forma que lhe seja conferido legitimidade⁴⁷. Tal caráter de uma visão positiva do exercício do poder punitivo pode ser extraída a partir das lições de Israel Jório, que afirma que não obstante a brutalidade do Direito Penal, enquanto exercício de violência, ser um dado certo e inerente ao seu funcionamento:

[...] certa, também, é sua indispensabilidade. Pois um Estado não se pode abster de promover a proteção e a defesa dos bens e valores que são imprescindíveis ao desenvolvimento individual e social.⁴⁸

toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar”.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 2014, p. 74, afirma que: “Essa necessidade de castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. [...] nessa época das Luzes (...) o homem é posto como objeção contra as barbáries dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir”. Portanto, conclui que segundo a crítica apriorística da barbárie punitiva “[...] o castigo deve ter a “humanidade” como “medida””.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola. 2014, p. 10, nos traz que até os tempos atuais nossa sociedade, que há de se pautar no homem racional, utiliza-se de um “sistema de exclusão” a partir de uma “separação e rejeição” pautada na “oposição razão e loucura”.

⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. Op. cit., 2014, p. 74: “[...] os princípios penais representam limitações importantes ao poder de punir, razão pela qual constituem autênticas garantias (políticas) individuais oponíveis ao próprio poder punitivo estatal”.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. Op.cit. 2014, p. 78: “Realmente, o que eles atacam na justiça tradicional, antes de estabelecer os princípios de uma nova penalidade, é mesmo o excesso de castigo, mas um excesso que está ainda mais ligado a uma irregularidade que a um abuso do poder de punir”.

⁴⁸ JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008, p. 8.

Embora mais antigo, vê-se que a crítica reformadora não buscou rechaçar o reducionismo binário constituído pela lógica “bem e mal”, “verdadeiro e falso”, “racional e irracional (loucura)”, mas tão somente reorganizar os valores que estavam sendo postos, remanejando o exercício de uma economia política do poder, através da constituição de uma nova racionalidade, de um novo tipo de poder.⁴⁹

Não obstante, constituiu-se a ideia de igualdade no direito penal, segundo o qual busca-se “impedir, por isso, o estabelecimento de distinções arbitrárias entre os indivíduos, com base em preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade [...]”.⁵⁰ Assim, ao menos em teoria, o direito penal poderá recair sobre todos indistintamente. A prática, todavia, desmente referida hipótese, visto que dentre suas funções ocultadas pelo princípio da isonomia está o exercício seletivo pelas agências punitivas quando dos processos de criminalização primária e secundária⁵¹ que não de se pautar pela seletividade:

Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente na criminalização secundária. Embora ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização faraônico (que paralisasse a vida social e convertesse a sociedade em um caos na busca da realização de um programa irrealizável), a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas.⁵²

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 2014, p. 80: “A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir”.

⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. Op. cit. 2014, p. 95.

⁵¹ À luz do pensamento de ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p. 43, por criminalização primária subentende-se “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o *deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam”; por criminalização secundária, extrai-se ser esta “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supões tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização)”.

⁵² *Idem*, p. 44.

A questão da seletividade de uma maneira ou de outra sempre esbarra no discurso da existência da impunidade. De fato, devido à escassa “capacidade operacional das agências executivas, a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção”. Assim, os empresários morais atuam a partir da constituição do estereótipo de um delinquente, principalmente, em razão da construção midiática deste pela divulgação das obras toscas de criminalidade.⁵³

A questão da seletividade penal, decorre não somente no momento de atribuição do estereótipo do delinquente, mas, de igual forma, na seleção das vítimas e dos componentes da instituição policial, sobretudo, no caso brasileiro, da polícia militar, de forma que haja dissenso entre os componentes da mesma classe social, promovendo sua própria aniquilação. Nesse sentido, Zaffaroni *et al* reconhecem que:

Se considerarmos que os *criminalizados*, os *vitimizados* e os *policizados* (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição⁵⁴

Apesar de sua seletividade, o discurso de maior destaque com relação ao sistema penal acaba sendo o de impunidade - apesar de tal fator ser inerente ao próprio funcionamento do sistema penal, como veremos mais à frente em seu papel de gestão das ilegalidades - a partir da apresentação de obras toscas de criminalidade, cometido pela sua clientela preferida (classes marginalizadas).

Tal fator, acaba, todavia, por impulsionar movimentos que resultam na hipertrofia do sistema penal. Nesse sentido, assinala Raphael Boldt de Carvalho que a esmagadora parcela das propostas de redução dos direitos e garantias fundamentais para uma maior redução dos índices de impunidade “reflete a cultura punitiva” da contemporaneidade, estando “em consonância com as sugestões apontadas pelos próprios *mass media*”⁵⁵. Além disso,

⁵³ *Idem*, p. 47: “Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização - mediante suas obras toscas - como seu inesgotável combustível”.

⁵⁴ *Idem*, p. 58.

⁵⁵ BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá. 2013, p. 105.

[...] “especialistas” e jornalistas em geral indicam soluções que possam resolver definitivamente o problema. Em contrapartida, a sociedade atemorizada, sem saber o que fazer, é induzida a não pensar nas raízes do problema, na possibilidade de enfrenta-lo em suas origens e simplesmente adere às sugestões propostas e passa a demandar mais repressão, novos tipos penais, mais prisão.⁵⁶

Expõe-se desde logo uma imagem bélica a ser reproduzida e assimilada pelo público: a guerra contra a criminalidade e os criminosos⁵⁷, de uma forma que: a) reproduzindo as obras toscas da criminalidade, se provoque uma disseminação da sensação de insegurança e medo na população e, por conseguinte, b) apoio incondicional ao exercício do poder punitivo estatal, pugnando por sua hipertrofia.

Sem maiores reflexões, verifica-se que a existência do poder punitivo e seu exercício devem ser mantidas, não há outra saída, afinal, a aparência que se tem hoje é a de que o sistema penal, com todas suas agências, com todas as suas penas, existe desde sempre. Neste sentido Salo de Carvalho entende que as teorias legitimadoras da pena pautadas na discussão do seu fundamento

[...] pressupõem a existência da sanção penal, excluindo do universo acadêmico respostas negativas. Parte-se da resposta positiva à pergunta punir ou não punir o infrator. No entanto a aceitação deste ponto de partida isola não somente a possibilidade de reflexão sobre alternativas externas ao sistema punitivo, como retira do universo de análise as teorias críticas (sociológicas, antropológicas, filosóficas, políticas) da pena.⁵⁸

Zaffaroni há tempos afirmara que não se questiona sobre o surgimento do poder punitivo, basicamente presume-se que este sempre existira, que sempre esteve ali. Inegável é que em toda sociedade coexistiram poder e coerção, entretanto, em dado momento da história da humanidade este surgiu em virtude do modelo *verticalizado* da sociedade, seja em classes, castas, hierarquias, etc. Aparece, portanto, não

⁵⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p.57-58: “É inevitável que, apesar de não ser formulada em termos doutrinários nem teóricos, a comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal tratem de projetar o exercício do poder punitivo como uma guerra à *criminalidade* e aos *criminosos*. A imprensa costuma mostrar *inimigos* mortos (execuções sem processo) e também *soldados* caídos (policiais vitimados).”

⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 244.

como um modelo eficaz de solução dos conflitos sociais, mas, na sua essência como um modelo vertical de decisão de poder⁵⁹.

Portanto, tomar a existência pena e o direito penal enquanto pressupostos necessários, verdades absolutas e, portanto, inquestionáveis. O que se busca, com a teoria agnóstica da pena é primeiro pôr em xeque a ideia de verdades inquestionáveis; questionando a existência de um dos institutos mais caros ao direito penal e às sociedades modernas: a pena. Nesse sentido deve-se ressaltar a imprescindibilidade de se substituir o “como punir?”, trazendo ao debate à questão do “por que punir?”, Nietzsche:

[...] e é tempo, finalmente, de substituir a pergunta kantiana, “como são possíveis juízos sintéticos a priori?”, por uma outra pergunta: “por que é necessário a crença em tais juízos?” – isto é, de compreender que, para o fim da conservação de seres como nós, é preciso acreditar que tais juízos são verdadeiros; com o que, naturalmente, eles também poderiam ser falsos! Ou, dito de maneira clara e crua: juízos sintéticos a priori não deveriam absolutamente “ser possíveis”: não temos direito a eles, em nossa boca são somente juízos falsos. [...]⁶⁰

Desconstruindo os principais pilares que orientam a lógica do direito penal, deve-se concluir pela própria desconstrução, ou melhor, com o rompimento do entendimento até agora vigente com relação à definição de crime. Juízo sintético que é, não só o direito penal, a pena, mas o próprio crime - enquanto um dos elementos orientadores do direito penal - deve ter sua definição alterada.

Por séculos, as mais diversas teorias da dogmática jurídico-penal, discutiu a definição do elemento crime. E desde muito, tem-se adotado na academia a definição tripartida de crime, segundo o qual, o delito é toda ação típica, ilícita e culpável⁶¹.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal**. 1. ed. Revan, Rio de Janeiro, 2013, p.20.

⁶⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2016, p.15-16.

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. 2017, p.72: “Assim, a concepção tradicional assume o modelo tripartido do conceito de crime, como ação típica, antijurídica e culpável, reproduzindo, ao nível da valoração conceitual, os estágios do processo analítico do fato punível”.

Ocorre que, toda definição carrega em si um leve aroma de autoritarismo, dito de outra maneira, são formas reducionistas que partem de escolhas realizadas pelo poder político no exercício de sua atribuição legislativa, mas tão somente. Sendo escolhas políticas deverão atender a um objetivo - sendo o mesmo variável - também de caráter político.

Tal fator nos permite afirmar que, independentemente da posição dogmática (teoria bipartida, tripartida, etc.) que venha a definir o crime e seus aspectos, a pena e suas funções, o exercício do poder punitivo, os elementos orientadores da habilitação ou não do exercício do poder punitivo etc., correspondem sempre a objetivos políticos, sendo apenas manifestações de um poder político. Assim, tem-se em mente que as escolhas das ações humanas que serão ou não definidas como crimes, as modalidades e funções da pena, são de caráter político - podendo vir a denunciar, como se verá mais adiante a orientação moral que sustenta a escolha política. Neste sentido, lecionara Zaffaroni que:

Qualquer definição é uma delimitação e, portanto, um ato de poder. (...) toda definição é tautológica. Um saber tão íntimo do poder - ao ponto de orientar seu exercício num de seus segmentos (judicial) - só pode verificar a correção de sua definição mediante a comprovação de sua correspondência com o objetivo político, e para isto deve torna-lo explícito na mesma.⁶²

Importante recordar que ao omitir importantíssima discussão sobre a relevância ou não da pena, ignoram-se três fatores intimamente conectados que envolvem não somente a pena, mas o direito penal como um todo.

À guisa de conclusão, nota-se que diversas críticas às funções da pena poderiam ser exploradas como, por exemplo, o fato de a pena se propor a ressocializar aqueles que cometeram um fato tido criminoso, quando na verdade, a regra, é a promoção da reincidência, a condição dos detentos, questões atinentes ao trabalho penal, a corrupção no sistema penal, a isonomia, etc, afinal, tais críticas viriam a justificar o (suposto) fracasso da justiça penal.

Ocorre que, como alertara Foucault, diversas dessas críticas tem ocorrido por mais de um século tendo servido tão somente para o fim de manutenção e eventual busca

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit. 2003, p.41.

de aprimoramento do exercício do sistema penal, buscando conferir coerência entre o seu discurso e sua prática, ou seja, retroalimentar o sistema penal com as mesmas críticas e as mesmas soluções.⁶³

Uma das críticas citadas pelo autor, inclusive reside na discussão acerca da isonomia, ou da humanidade das penas, além da própria questão da ressocialização, a questão do trabalho penal, etc. Optou-se por não incorrer no erro de se provocar a relegitimação do sistema penal, mas, ao contrário, o intento em referida crítica à racionalidade punitiva, fora tão somente promover um novo olhar acerca do exercício da pena, das suas definições conceituais envolvendo pena e crime, da lógica orientadora do poder punitivo como: exercício de um poder político. Aspecto esse que se tornará imprescindível para a construção das teorias negativas (abolicionistas e agnóstica) da pena.

2.2 AS TEORIAS ABOLICIONISTAS

O abolicionismo penal, se pudesse ser sistematizado em uma cadeia de pensamento, poderia ser amoldado às teorias deslegitimadoras (negativas) da pena, visto que essas negam, segundo Paulo Queiroz

[...] legitimidade ao Estado para exercer o poder punitivo, ressaltando principalmente a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a circunstância de o direito penal criar mais problemas do que resolve, sendo criminógeno, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos inúteis.⁶⁴

Diversos são os pensadores abolicionistas e, tratar de todos eles seria completamente inviável no presente trabalho, contudo, tratar-se-á das principais contribuições, dos expoentes da referida corrente: Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Scheerer.

⁶³ Op. cit., 2014, p.263-264: “Ora, a essas críticas, a resposta foi invariavelmente a mesma: a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária. Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade”.

⁶⁴ Op. cit. 2014, p.415.

Primeiramente, deve-se partir da análise de Hulsman. O pensador holandês, partindo de uma abordagem fenomenológica, trata do sistema penal como um problema em si⁶⁵, isto pois seu discurso oficial não encontra respaldo prático - dito de outro modo: não atinge os fins a que se propõe -, bem como causa diversos malefícios à própria sociedade.⁶⁶ Zaffaroni afirma que referido teórico destaca três argumentos basilares e, ao mesmo tempo, indispensáveis, para defender o seu abolicionismo, quais sejam: que o sistema penal “a) causa sofrimentos desnecessários que são repartidos socialmente de modo injusto; b) não tem efeitos positivos sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; c) é sumamente difícil seu controle”.⁶⁷

Louk Hulsman, traz ainda, a importante ideia da *cifra oculta* de criminalidade, segundo a qual:

A diferença entre os crimes denunciados (nas estatísticas da polícia) e estatísticas dos tribunais foi chamada de cifra negra. Algumas décadas atrás, uma nova perspectiva sobre ela começou a desenvolver-se, quando questionários sobre auto-denúncia e sobre vítimas foram introduzidos. Seguiram-se técnicas de observação. Hoje em dia sabemos que a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional.⁶⁸

Dito de outra forma, “os conflitos efetivamente existem mas, ao contrário do que se pensa, são resolvidos em esferas alternativas e informais, distantes da justiça criminal”.⁶⁹

Além disso, entende-se necessário um abolicionismo acadêmico⁷⁰, ou seja, uma nova visão conceitual e linguística acerca das questões envolvendo o direito penal. O crime, portanto, não será mais visto como um fenômeno natural que existira desde sempre, seria entendido como situação problemática, pois:

⁶⁵ HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. 1.ed. Niterói: LUAM. 1993, p.88: “[...] o sistema penal é especificamente concebido para fazer o mal”.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op.cit., p. 648.

⁶⁷ *Idem, ibidem*.

⁶⁸ HULSMAN, Louk. Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim. n.4, p.203, 1997.

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 252.

⁷⁰ *Idem*, p. 253.

Chamar um fato de 'crime' significa excluir de antemão todas estas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo - ao estilo punitivo da lógica sócio-estatal, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de 'crime' significa se fechar de antemão nesta opção infecunda. Para mim não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas.⁷¹

Referida mudança contribuiria para uma melhoria das condições de “substituição da lógica punitiva, inclusive no que diz respeito à ampla descriminalização e descarcerização”.⁷²

Hulsman defende, ainda, o fim do confisco do conflito, reinserindo as partes como protagonistas da sua resolução - “diálogo *face to face*”. Assim, propõe uma reformulação da justiça criminal, tomando como parâmetro os meios informais de resolução de conflitos, se orientando nas mesmas estruturas do sistema administrativo e cível de justiça.⁷³

No que tange ao pensamento proliferado por Mathiesen, tem-se um caráter metodológico de influência marxista, o que se vê, pois “vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista”⁷⁴. Além disso, para que mantenha sua vitalidade, o abolicionismo deve reunir algumas condições, como, por exemplo:

[...] sua permanente relação de oposição e sua relação de competição com o sistema. A oposição requer uma considerável diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema, e a competição requer uma ação política prática fora do próprio sistema.⁷⁵

Exímio estrategista, Mathiesen era adepto de uma ideia de reforma permanente e gradual do sistema de justiça criminal e, segundo leciona Salo de Carvalho:

[...] Mathiesen reivindica processo de moratória na construção de novas instituições prisionais a partir de oito premissas: (1ª) a criminologia e a sociologia demonstram que o objetivo de melhora do detento (prevenção especial) é irreal, sendo constatável efeito contrário de destruição da personalidade e a incitação da reincidência; (2ª) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível

⁷¹ HULSMAN, Louk. Op. cit. 1993, p.100-101.

⁷² CARVALHO, Salo de. Op. cit., p.253.

⁷³ *Idem*, p.253-254.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan. 2014, p. 99.

⁷⁵ *Idem*, p.100.

apenas estabelecer alguma relação do impacto de políticas econômicas e sociais na dissuasão do delito; (3ª) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram crimes contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; (4ª) a construção de novos presídios é irreversível; (5ª) o sistema carcerário, na qualidade de instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; (6ª) as prisões funcionam como formas institucionais e sociais desumanas; (7ª) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; (8ª) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável.⁷⁶

Ademais, referido teórico abolicionista, sustenta duas teses de contenção drástica do encarceramento em massa - direcionamento de políticas sociais às classes sociais mais vulneráveis e uma alteração na política criminal de drogas pelo viés da descriminalização:

Eu procuro recursos para o transgressor na forma de uma série de medidas. Em termos gerais, a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza. Mais uma vez, eu aperrás estou lhes dando uma pequena lista; muitos detalhes deveriam ser definidos: moradias decentes, programas de trabalho, de educação e tratamento mas não baseados na força e — mais importante — uma mudança em nossa política sobre drogas. Legalizando as drogas e tornando-as, assim como a metadona, disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, neutralizaria o mercado ilegal e reduziria drasticamente a quantidade de crimes relacionados às drogas. Por si mesma, percorreria um longo caminho em direção ao esvaziamento de nossas prisões. Uma mudança em nossa política sobre drogas também atingiria o centro do crime organizado da droga, que é dependente das forças do mercado.⁷⁷

Há ainda, em Mathiesen, proposta de especial relevância que traz à luz a necessidade de assistir, proteger e reparar as vítimas insertas em um conflito penal:

Compensação financeira pelo Estado, sistema de seguro simplificado, apoio econômico em casos de luto, abrigos protetivos e centros de apoios seriam fundamentais para modificar a lógica do atual sistema punitivo.⁷⁸

Com relação ao pensamento abolicionista de Nils Christie, tem-se como característica primeira o rechaço ao posicionamento de Durkheim, afirmando que o melhor exemplo de solidariedade orgânica se dá em sociedades limitadas “cujos membros não podem ser substituídos”, não havendo, em regra exclusão de

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. Op.cit., p.248.

⁷⁷ MATHIESEN, Thomas. A Caminho do Século XXI - Abolição, um sonho impossível?. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim. n.4, p.276, 1997.

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. Op. cit., 249. Nesse sentido MATHIESEN, T. Op. cit., p.276, propõe que ao invés de se recorrer - como costumeiramente ocorre - ao aumento da pena aos transgressores de acordo com a gravidade do delito, que haja um “[...] aumento do apoio à vítima de acordo com a gravidade da transgressão”.

indivíduos do mercado de trabalho - parcela preferencial da população à incidência dos processos de criminalização secundária.⁷⁹ Além disso, o autor “destaca expressamente a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os consequentes perigos e danos da verticalização corporativa”.⁸⁰

Christie enxerga a pena como infligção de dor desnecessária e para tanto afirma que não poderia imaginar

Uma situação na qual deveria lutar por um aumento da dor infligida pelo homem na terra. Também não consigo enxergar nenhuma boa razão para acreditar que o nível recente de causação de dor é correto ou natural. Como o assunto é importante, preciso fazer uma escolha. Não vejo outra posição defensável que não seja lutar por reduzir a dor.

Uma das regras seria então: na dúvida, não cause dor. Outra regra seria possível: inflija o mínimo de dor possível. Procure alternativas à pena, não somente penas alternativas.⁸¹

Segundo se extrai do pensamento supracitado, o autor sugere, não somente que se evite a infligção de dor, mas que se busque alternativas para além da pena. Saídas como a reinserção das vítimas no sistema de resolução de conflitos, o abandono dos modelos de reducionismo binários - pois esses podem ser apontados como uma das causas do rompimento dos laços horizontais no seio da convivência social⁸². Assim, nos dizeres do autor:

[...] minha posição pode ser condensada no sentido de que os sistemas sociais podem ser construídos de forma a reduzir a um mínimo a percepção da necessidade de imposição de dor com o propósito de controle social. A tristeza é inevitável, mas não o inferno criado pelo homem.⁸³

Cumprе ressaltar a relevância e especificidades do pensamento de Sebastian Scheerer. O autor enxerga a teoria abolicionista como uma teoria sensibilizadora⁸⁴, que se proponha a “transcender os modelos, classificações e presunções

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op.cit., p.650.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. 2014, p.101.

⁸¹ CHRISTIE, Nils. **Limites à Dor: O Papel da Punição na Política Criminal**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017, p. 25.

⁸² CARVALHO, Salo de. Op. cit., 250-251.

⁸³ CHRISTIE, Nils. Op. cit. 2017, p.26.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 245.

tradicionais, mas sem apresentar provas acabadas destas novas ideias nem o inventário de suas próprias ferramentas conceituais e metodológicas”⁸⁵.

O que se encontra de especial na crítica formulada pelo autor alemão é que, não só afirma que o direito penal não possui caráter natural⁸⁶ - como já fora abordado por diversos autores -, mas afirmar que as mais diversas formas de castigo (para além do direito penal e da punição estatal) sempre existiram:

Pelo fato de conhecermos os castigos desde a infância, acreditamos que eles são naturais - talvez não em todas as suas formas e a qualquer pretexto, mas em princípio temos consciência (e também inconscientemente) de que eles são indispensáveis. (...). Antigamente eram as surras, hoje sofremos com sanções de desaprovação com o olhar, ostracismo social e privações de carinho. As punições podem se tornar mais brandas, mas poderiam também desaparecer? (e é a brandura realmente mais suave?) Uma sociedade que se sustente sem sanções negativas provavelmente nunca existirá, afinal, elas são um mal necessário, o mal necessário por excelência.⁸⁷

Mas, quanto ao sistema penal, o autor apresenta uma postura evidentemente crítica, afirmando que muito embora com o movimento que vinculava o direito penal à sua função social, buscasse a partir disso sua consequente diminuição/limitação, o que houve, ao contrário fora sua hipertrofia de modo jamais visto; de modo que “em vez da prometida racionalização, experimentou-se um impulso irracional”.⁸⁸

Conclui, que em razão de sua “capacidade de selecionar e cometer crimes, o Estado tem sido questionado cada vez mais e de forma persistente [...]”, razão pela qual parte-se de uma perspectiva negativa ao direito penal e ao próprio poder Estatal, sempre tendente ao abuso, afirmando, inclusive que soluções melhores se dariam através de um direito penal que fosse como um “direito de mediação de conflitos”.

⁸⁵ SCHEERER, Sebastian. **Hacia el Abolicionismo**. In: HULSMAN, Louk et al. Abolicionismo penal. Buenos Aires: Eida. 1989, p.21: “[...] transcender los modelos, clasificaciones y presunciones tradicionales, pero sin presentar pruebas acabadas de estas nuevas ideas ni el inventario de sus propias herramientas conceptuales y metodológicas”.

⁸⁶ SCHEERER, Sebastian. A Punição Deve Existir! Deve Existir o Direito Penal?. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, p.367, jan/mar, 2015: “Somente com as classes sociais e a organização estatal da sociedade surge o conflito antagônico, que não pode mais ser solucionado conforme o interesse da maioria dos membros da sociedade ou de toda a coletividade. Determinadas preferências devem, com isso, ser apoiadas coercitivamente, ou seja, protegidas por normas jurídicas, e as sanções contra atos que contradizem os interesses particulares assim protegidos revestem-se da forma de penas criminais repressivas”.

⁸⁷ *Idem*, p.363-364.

⁸⁸ *Idem*, p. 368-369.

Até porque, segundo o Scheerer, o “[...] período do direito penal privado não foi necessariamente pior do que o do direito penal público. Qualquer coisa seria melhor que o monopólio penal na mão do Estado”.⁸⁹

Conforme fora visto, o pensamento abolicionista não pode ser totalmente sistematizado em uma fórmula: seus expoentes convergirão e divergirão em alguns momentos. Mas o que importa, para os fins deste trabalho, é que o abolicionismo penal enquanto teoria negativa da pena, seja a utopia orientadora: não como uma utopia no sentido pejorativo, tido como um sonho, irrealizável, tampouco como um fim em si mesmo, mas como um caminho a ser trilhado e que deve nortear o sistema penal cujo epicentro seja a Teoria Agnóstica da Pena.

3. A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: CONCEITO, ORIENTAÇÃO FILOSÓFICA E CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA A PARTIR DO CONTEXTO DE REDUÇÃO DE DANOS

A construção da dogmática jurídico-penal desde os seus primórdios teve necessária correlação com os fins do próprio direito penal, de forma a limitar os “horizontes da sua ciência”.⁹⁰ No que tange ao direito penal, o fim orientador se dá a partir daquele que é o epicentro do seu próprio sistema: a pena⁹¹.

Quando tratamos nesse trabalho as perspectivas envolvendo os discursos positivos da pena, observou-se que em todas as modalidades teóricas, buscou-se de uma forma ou de outra justificar a pena e sua existência no ordenamento jurídico-penal de cada Estado. Ocorre que, no âmbito das discussões acerca dos fins da pena, parte-se invariavelmente da questão de “como punir?”, omitindo-se, todavia, a importantíssima discussão relativa à sua (des)necessidade (ou melhor, “por que

⁸⁹ *Idem*, p. 370-371.

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2013, p.143.

⁹¹ *Idem*, p.144: “Na esfera criminal, as finalidades que orientam a aplicação do direito inexoravelmente serão propostas a partir da *pena* [...]”.

punir?”)⁹². Cumpre recordar que ao se relegar tal discussão sobre a relevância ou não da pena, ignoram-se três fatores intimamente conectados que envolvem não somente a pena, mas o direito penal como um todo.

O primeiro fator relevante, nos remete à função do direito penal em um estado democrático de direito, qual seja, a contenção do estado de polícia inerente a todo estado de direito. Assim o direito penal há de assumir a função em um estado (democrático de direito) o papel de conter e reduzir o atuar do poder punitivo⁹³. O segundo (fator), por sua vez, parte de um rompimento da ideia visão romântica que se tem do poder, entendendo a pena, como exercício de um poder político, que como qualquer outro poder em exercício tenderá ao abuso, sendo necessária sua contenção⁹⁴. Afinal, o direito penal, como assinala Paulo Queiroz é “[...] ele mesmo uma forma de violência (prisões, penas, medidas de segurança, legítima defesa) [...]”⁹⁵.

Portanto, para Carvalho:

Negar as teorias da pena possibilitaria não apenas concentrar esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas igualmente eliminar do discurso penal o seu viés declarado (e não cumprido) retomando sua natureza política. A pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório nas relações internacionais), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas.⁹⁶

⁹² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2015, p. 260.

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p. 41: Lecionam que a “contenção e redução do poder punitivo, planejadas pelo direito penal para uso judicial, impulsionam o progresso do estado de direito. Não há nenhum estado de direito puro; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso.”

⁹⁴ CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.266: “Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante seu caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite.

⁹⁵ QUEIROZ, Paulo. Op. cit. 2014, p. 29.

⁹⁶ *Idem*, p.263.

O terceiro fator de especial relevância trata da análise crítica de sistemas binários, quais sejam, àqueles ligados intrinsecamente com o ideal moral existente na relação entre o bem e o mal, a vítima e o infrator, o cidadão e o inimigo, o pecado e a penitência, etc. O poder punitivo enquanto responsável por confiscar o conflito promove, como bem demonstra o autor argentino “a usurpação do lugar de quem sofre o dano”⁹⁷, assim, o Estado detém o *potesta puniendi* (poder de punir) substitui a vítima no conflito e legitima-se ao exercício da atividade punitiva por meio dos aparelhos que lhes são peculiares. A partir de então os Estados promovem a certos grupos ou a um grupo em específico um processo de despersonalização dos mesmos, vez que “o direito lhe nega sua condição de pessoa”⁹⁸, sendo-lhes conferido o caráter de inimigo ou hostis – que é uma construção do poder punitivo que legitima determinadas ações.⁹⁹ De igual modo explica Amilton Bueno de Carvalho:

O mundo, diz Hulsman, é dividido entre bons e maus, mocinhos e bandidos, em branco e preto, nós (os bons) contra eles (os maus): maniqueísmo puro! Resultado: elefantíase do Direito Penal, uma verdadeira e irracional inflação legislativa, uma alteração apressada e constante no direito penal, tornando o direito – que deve ser minimamente racional, em algo confuso e sem coerência lógica, verdadeiro panóptico legal, como ensina Salo.¹⁰⁰

No contexto dessa problemática surge, então, a teoria agnóstica da pena, que por sua vez,

[...] tem por fundamento modelos ideais de estado de polícia e de estado de direito, coexistentes no interior do Estado moderno em relação de exclusão recíproca assim sintetizados:

a) o modelo ideal de estado de polícia caracteriza-se pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante as funções

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 4. ed. Revan. Rio de Janeiro. 2013, p. 30.

⁹⁸ *Idem*, p.18.

⁹⁹ *Idem*, p. 83.

¹⁰⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p.44.

manifestas positivas de retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder;

b) o modelo ideal de estado de direito caracteriza-se pelo exercício de poder horizontal/democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve os conflitos humanos conforme regras democráticas estabelecidas, com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia.¹⁰¹

A distinção entre os modelos ideais de estado de direito e estado de polícia é o que inicialmente permitirá abdicar de plano as teorias positivas da pena criminal, vez que, ao se incorrer no intento de legitimar o poder punitivo, se legitima ao mesmo tempo o estado de polícia e - conforme se viu - este atuará sempre em detrimento do estado de direito, jamais como seu garantidor.¹⁰²

Questão que pode imergir da separação entre ambos os modelos ideais é a seguinte: se o estado de polícia é inerente ao próprio estado de direito, porque limitá-lo, ao contrário de legitimar (justificar) seu exercício em uma quantidade minimamente razoável? A resposta pode ser delineada da seguinte forma: se bem observarmos o desenvolvimento histórico dos Estados, por diversas vezes observaremos o cometimento de diversos crimes de massa (genocídios) praticados pelos próprios Estados. E mais, ainda que tenham sido praticados por forças militares, não o foram em função militar de resguardar o território nacional, mas em nítido exercício pelas forças armadas militares de função policial¹⁰³. Sendo assim, alerta-se, que eventual redução de danos não deve se ocupar de eventuais processos de desmilitarização de policiais - especialmente no caso brasileiro -, mas em um processo de *despolicização*, o que necessariamente resta vinculado a ideia de contenção do Estado policial e, por conseguinte, dos massacres na circunscrição geográfica do próprio Estado, tal como na de outros Estados.

¹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2017, p.433-434.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p.96.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan. 2013, p.247: “[...] o importante é que, fosse qual corpo armado (policiais, militares, organizações políticas uniformizadas, parapoliciais, paramilitares, capatazes, bandos), sempre atuaram na *função punitiva*”, e conclui, afirmando que: “Controlar o território, massacrar os rebeldes e os ocupantes *indesejáveis*, forçar ao trabalho, castigar os renitentes são atividades próprias de uma *função policial de controle territorial*”.

Traçado esse cenário, parte-se da hipótese de que a teoria agnóstica da pena, seria o “modelo mais adequado, em termos de sustentação dogmática e em fundamentação criminológica, para interpretar o fenômeno punitivo”¹⁰⁴; até porque, mesmo as teorias que se propõem em legitimar o poder punitivo em pequena escala acabam por legitimar o estado de polícia, bem como carecem de coerência interna o que permite uma baixa defesa em casos de eventuais avanços autoritários e promovem confusão ao se legitimar um estado de polícia pela invocação do estado de direito¹⁰⁵. Portanto, o modelo agnóstico irá relegar toda e qualquer teoria que tenha por objeto justificar a pena, vez que

a) todas elas legitimam de algum modo o estado de polícia; b) as funções positivas concedidas ao poder punitivo são falsas desde o ponto de vista das ciências sociais, não se comprovam empiricamente, provêm de generalizações arbitrárias de casos particulares de eficácia, jamais tendo sido confirmadas em todos os casos ou mesmo em um número significativo deles; c) ocultam o modo real de exercício do poder punitivo e com isso o legitimam; d) só ocasional e isoladamente o poder punitivo cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas.¹⁰⁶

Assim, confirma-se que a teoria agnóstica surge como a melhor resposta dogmática - e, possivelmente, a mais coerente - num contexto de expansionismo inigualável dos horizontes de atuação das agências de criminalização primária e secundária.¹⁰⁷

Partindo da premissa de que o processo deslegitimador do *potesta puniendi* (poder punitivo) pauta-se na consideração “de que o poder punitivo é sempre exercido de modo irracional”¹⁰⁸. Portanto, traz-se à tona que a teoria negativa supracitada possui quatro pressupostos que a sustentam e hão de orientar toda a construção racional de um saber jurídico com o propósito de contenção do estado de polícia e expansão do estado democrático de direito: a) a pena possui fundamento exclusivamente

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2013, p.147.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p.96.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁷ *Idem*, p. 98: “Não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma *teoria negativa* ou *agnóstica da pena*: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) em torno de suas funções manifestas”.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 172. Na mesma esteira de conferir sentido irracional ao exercício do poder punitivo STEINERT, Heinz. **Mas Alla Del Delito Y D e La Pena**. In: HULSMAN, Louk et al. Abolicionismo penal. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 35, afirma que as quotas de irracionalidade derivaram do fato de que a) as quantidades de delitos poderiam ser reduzidos se algo fosse feito com as pessoas que os cometeram; b) se afirma ser a lei penal um instrumento adequado e eficaz para reduzir a quantidade de delitos; c) a pena seria o meio mais adequado e eficaz.

político; b) a pena tem a função de exercer o controle social; c) a sanção criminal é um fenômeno impossível de ser cancelado na contemporaneidade; d) a pena é um fenômeno da realidade e que deve ser, no contexto atual, contido ao máximo.

Quanto ao primeiro pressuposto, inicialmente cumpre afirmar que há uma dificuldade aparente ao se definir o conceito de pena no contexto de uma teoria que procura negá-la, portanto, impossível seria “precisar o conceito de pena sem examinar bem mais de perto a função política do direito penal”¹⁰⁹. Entretanto, Zaffaroni *et al*, afirma que seria possível estabelecer um conceito de pena a partir da perspectiva negativa ou agnóstica ao se incorporar os dados da realidade (dados ônticos), sendo assim, a pena:

*[...] é 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. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder (...). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la.*¹¹⁰

A pena, então, como inegável ato de poder estatal, transporta-se do campo jurídico ao qual esteve vinculado nas teorias jurídicas justificadoras ao campo da política, o que, por conseguinte, fundamenta a perspectiva negativa ou de suspeita quanto aos atos do poder político, pois tendente ao expansionismo e ao abuso, sendo papel do direito penal - e, por via reflexa, dos operadores do direito - a contenção do estado de polícia.¹¹¹ Sendo assim, pode-se entender referida teoria (negativa) da pena, como aquela que

[...] ao mesmo tempo em que nega a função de legitimação ou de fundamentação da pena – exatamente por este motivo é adjetivada como negativa ou agnóstica -, reconhece a natureza política do fenômeno punitivo. E, como expressão da violência, a pena, na perspectiva agnóstica,

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al*. Op. cit., p.93.

¹¹⁰ *Idem*, p.99.

¹¹¹ Até porque, como adverte CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2013, p.147, “[...] a relação entre a pena criminal e o direito penal não é a de legitimação. Pelo contrário, a função do discurso e das práticas jurídicas é a de deslegitimação dos excessos inerentes ao *exercício político do poder de punir*, o que revela uma *relação tensa* e não harmônica entre direito e pena criminal. Se nas democracias a racionalidade jurídica deve assumir o papel de restrição e de controle dos poderes, escapa ao direito a missão de legitimação da sanção penal”.

é incapaz de cumprir quaisquer funções ou de exercer quaisquer finalidades positivas.¹¹²

Quanto ao segundo pressuposto, tendo em mente, ainda, que a pena é exercício ou ato de poder estatal e, por consequência, sua própria presentificação, ou seja, “de demonstração da existência de um poder político constituído com capacidade de concretização por meio de ingerências violentas na sociedade civil”.¹¹³

Apesar de ambos os pressupostos anteriormente citados, nota-se que a teoria agnóstica, reconhece em seu terceiro pressuposto, que a pena, como ato de poder exclusivamente político não é passível de supressão total (abolição) no presente momento. Apesar disso, não se trata aqui de dar razão aos argumentos dos justificacionistas e/ou negar os avanços das críticas abolicionistas e da criminologia crítica, afinal

[...] o pensamento agnóstico compartilha da expectativa abolicionista de superação da pena criminal, sobretudo na sua espécie carcerária (privação de liberdade). No entanto, seria ilógico negar, contrariando os dados da realidade, que a experiência punitiva contemporânea aponta para uma densificação do punitivismo, inclusive no campo das ciências criminais, com a construção de novos discursos de legitimação (discursos neoconservadores).¹¹⁴

E, por fim, segundo o quarto pressuposto, que parte das conclusões dos que lhe antecederam, afirma que sendo essa um fenômeno político, presente nas sociedades contemporâneas onde tem-se prevalecido uma cultura pró-punitivismo, este “necessita urgentemente ser contido (*teleologia redutora*) em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso)”.¹¹⁵

¹¹² *Idem*, p. 149.

¹¹³ *Idem*, p.148.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹¹⁵ *Idem*, p.149.

3.1 OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: NIETZSCHE E FOUCAULT

A teoria negativa (agnóstica) da pena, como evidencia Salo de Carvalho¹¹⁶ propõe-se utilizar das críticas presentes na filosofia de Friedrich Nietzsche, não como um fim, mas como instrumento (meio) de dissecar e romper com a racionalidade do sistema punitivo, tido como um sistema moral, visto que parte de escolhas políticas de condutas tidas como imorais e, portanto, merecedoras de um castigo equivalente.

Portanto, necessário é, ao pensar com Nietzsche, criticar o que Salo de Carvalho chama de os “dois nós centrais das ciências criminais, quais sejam, a noção de bem e mal (crítica dos valores morais) e o ideal de verdade (crítica dos valores epistemológicos)”.¹¹⁷

Ao se entender a pena como poder político exercido mediante o emprego de violência pelas agências estatais, a um indivíduo criminoso (imoral), pois agiu em desconformidade com o ordenamento jurídico (moral), deve-se tentar limitar ao máximo o alcance da mesma. No sentido da contenção leciona Nietzsche que é “mister diminuir e limitar mais e mais o domínio da moralidade”¹¹⁸.

Tida por muitos, como inegável avanço iluminista frente à barbárie punitiva perpetrada pelo suplício, a pena de prisão pouco tem sido problematizada, fazendo permanecer enraizada a carga moral por trás de todo castigo. Assim, se “os estados de direito não podem senão ser estados de exceção”¹¹⁹ e sendo a pena a exteriorização institucional da razão punitiva, deve ser esta analisada criticamente para que se disseque suas finalidades e seus discursos, desmascarando a face

¹¹⁶ Segundo o autor, Op. cit. 2015, p.354: “O recurso interpretativo para o estudo do fenômeno punição desenvolvido por Nietzsche, sobretudo aquele exposto na Segunda Dissertação da Genealogia da Moral, deve ser utilizado sob o alerta de Gerard Lebrun de que “Nietzsche não é um sistema: é um instrumento de trabalho. Em vez de pensar o que ele disse, importa acima de tudo pensar com ele. Ler Nietzsche não é entrar num palácio de ideias, porém iniciar-se num questionário, habituar-se com uma tópica cuja riqueza e sutileza logo tornam irrisórias as convicções que satisfazem as ideologias correntes.””

¹¹⁷ *Idem*, p. 340.

¹¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Vontade de Potência**. Petrópolis: Vozes. 2011, p. 471.

¹¹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2015, p. 60.

mais cruel da atuação estatal (*ius puniendi*). Se, com o dito avanço iluminista a pena tem por finalidade fortalecer os laços sociais pela estabilização da ordem pública e ressocializar o indivíduo delinquente para que este possa voltar ao convívio social, a crítica discursiva deve partir não somente de uma crítica da pena, mas das formas de castigo como um todo, bem como, de todo arsenal moral que o compreende.

Dentre os discursos que compõem as teorias da pena, como exposto, tradicionalmente, pode-se retirar duas grandes classificações: as teorias legitimadoras da pena (positivas) e as teorias deslegitimadoras da pena (negativas). Dentre as teorias deslegitimadoras da pena, pautadas numa perspectiva abolicionista, surge a teoria agnóstica da pena como uma possível alternativa viável de se pensar um direito penal compatível com um estado democrático de direito, pois voltada para uma lógica de contenção do poder punitivo (estado penal), evidenciando a incoerência do discurso político criminal, denunciando a falácia argumentativa segundo a qual o castigo (pena) é a solução para os males da sociedade, mais especificamente, o crime.

Mas o seu contrário faz-se necessário: problematizar tal assertiva adentrando nas questões que não tocam em específico a pena, mas os castigos como um todo, tal qual faz Nietzsche quando afirma que

[...] O castigo teria o valor de despertar no culpado o sentimento de culpa, nele se vê o verdadeiro instrumentum dessa reação psíquica chamada “má consciência”, “remorso”. Mas assim se atenta contra a realidade e contra a psicologia, mesmo para o tempo de hoje: tanto mais para a mais longa história do homem, a sua pré-história! Justamente entre prisioneiros e criminosos o autêntico remorso é algo raro ao extremo, as penitenciárias e casas de correção não são o viveiro onde se reproduz essa espécie de verme roedor – nisso concordam todos os observadores conscienciosos, que em muitos casos expressam tal juízo a contragosto em oposição aos seus desejos mais próprios. Falando de modo geral, o castigo endurece e torna frio; concentra; aguça o sentimento de distância; aumenta a força de resistência. Quando sucede de ele quebrar a energia e produzir miserável prostração e autorrebaixamento, um tal sucesso é sem dúvida ainda menos

agradável que o seu efeito habitual: que se caracteriza por uma seca e sombria seriedade.¹²⁰

E continua:

[...] inquestionavelmente se deve buscar o genuíno efeito do castigo, antes de tudo, numa intensificação da prudência, num alargamento da memória, numa vontade de passar a agir de maneira mais cauta, desconfiada e sigilosa, na percepção de ser demasiado fraco para muitas coisas, numa melhoria da faculdade de julgar a si próprio. O que em geral se consegue com o castigo, em homens e animais, é o acréscimo do medo, a intensificação da prudência, o controle dos desejos: assim o castigo doma o homem, mas não o torna “melhor” – com maior razão se afirmaria o contrário. (“O prejuízo torna prudente” diz o povo: tornando prudente, torna também ruim. Mas felizmente torna muitas vezes tolo.)¹²¹

A razão punitiva, enquanto, razão, para Nietzsche deveria restar por necessariamente criticada, por se colocar como imperativo a prevalecer sobre toda e qualquer forma de impulso¹²². Assim, partir da concepção de um homem racional, que leva em consideração todas as hipóteses quando opta pela escolha do delito, não constitui verdade absoluta, inquestionável.

Ademais, o sistema penal enquanto reprodutor histórico da lógica judaico-cristã, mantém a lógica, conforme já explorado anteriormente, de um reducionismo binário entre os cidadãos de bem e os inimigos da sociedade, ou seja, entre o “bem” e o “mal”. Ocorre que, inegavelmente, tais concepções de caráter moral possuem conteúdo subjetivo e evidentemente relativo, não possuem respaldo na realidade¹²³.

¹²⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2015, p. 64-65.

¹²¹ Idem, p. 66.

¹²² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Aurora**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2016, p.89: “**123. Razão**. Como veio a razão ao mundo? Como é justo, de maneira irracional, por um acaso. [...]”

¹²³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Crepúsculo dos Ídolos - Ou Como se Filósofa com o Martelo**. Petrópolis: Vozes de Bolso. 2014, p. 49: “O juízo moral tem em comum com o juízo religioso o fato de acreditar em realidades que não o são. Moral é apenas uma interpretação de certos fenômenos, falando de forma mais específica, uma interpretação *equivocada*. O juízo moral, assim como o religioso, pertence a um grau de ignorância em que ainda falta, ao próprio conceito real, a distinção entre real e imaginário: de maneira em que tais níveis, “verdade” designa coisas que hoje chamamos de imaginações”.

A posição que se ocupa em determinado contexto histórico¹²⁴, qualquer que seja, ou até mesmo em situações do cotidiano, aos *moralistas* gerará a esquizofrênica análise do que seria bom ou ruim; análise essa que constitui tão somente perspectivas, de cunho nitidamente relativo - jamais absoluto, como propõem alguns -, a variar a partir dos valores que cada grupo, classe, ou até pessoas individualmente consideradas incorporam. É o que se extrai da seguinte reflexão Nietzscheana quando analisando a perspectiva moral orientadora entre os homens nobres e os homens do ressentimento:

[...] perguntemo-nos *quem* é propriamente “mau”, no sentido da moral do ressentimento. A resposta, com todo rigor: *precisamente* o “bom” da outra moral, o nobre, o poderoso, o dominador, apenas pintado de outra cor, interpretado e visto de outro modo pelo olho de veneno do ressentimento.¹²⁵

O problema é de complexidade tamanha que, conforme afirma Nietzsche, a noção de culpa, dívida e castigo surge nas primeiras relações mercantis entre indivíduos¹²⁶ e, se aliarmos essas noções, com os efeitos nefastos do castigo, bem como a prevalência na lógica moral da divisão binária entre “bem” e “mal” deste último, tal problema foi ganhando maior densidade, e tendo sido apropriado e reproduzido pelo poder punitivo, foram ficando suas garras na população tornando mais complexa a missão de destruir tais valores, que nada mais geram do que mais ódio entre membros da própria sociedade e, no caso do presente trabalho, campo fértil para o avanço do *potestas puniendi* (poder punitivo).¹²⁷

Pode-se enxergar através da filosofia de Nietzsche que o direito penal surge se impondo de forma violenta¹²⁸, se manifesta pela violência mirando combater a violência. A sua história assim o demonstra. Ocorre que, a partir de uma perspectiva

¹²⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim Falava Zaratustra**. Petrópolis: Vozes de Bolso. 2014, p.50: “Outrora o mal era a dúvida e a vontade de ser a si mesmo. O enfermo tornava-se herege ou bruxo; e era como herege ou bruxo que padecia e queria padecer”.

¹²⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da Moral**. 2015, p. 29.

¹²⁶ *Idem*, p. 54.

¹²⁷ *Idem*, p. 39: “Os dois valores *contrapostos*, “bom e ruim”, “bom e mau”, travaram na terra uma luta terrível, milenar; e embora o segundo valor há muito predomine, ainda agora não faltam lugares em que a luta não foi decidida. Inclusive se poderia dizer que desde então ela foi levada incessantemente para o alto, com isto se aprofundando e se espiritualizando sempre mais [...]”.

¹²⁸ *Idem*, p. 95: “[...] O direito foi por muito tempo um *vetitum* [algo proibido], um abuso, uma inovação, apareceu com violência, como violência, à qual somente com vergonha de si mesmo alguém se submetia.”

nietzschiana, os valores se modificam¹²⁹ e espécies punitivas que outrora eram consideradas como a única solução, passaram a ser tomadas como cruéis - como o suplício. Todavia, partindo da perspectiva da pena como ato de poder político exercido mediante infligência de dor (violência), a perspectiva nietzschiana apresenta ares abolicionistas no sentido da possibilidade de transformação dos valores, com a conseqüente derrocada da pena enquanto instrumento socialmente aceito para a resolução de conflitos.

Outra questão que se extrai do pensamento nietzschiano pode ser a seguinte: o direito penal não soluciona e jamais poderá resolver os conflitos a que se propõe enfrentar. Ao tratar o criminoso como um monstro a pretexto de torna-lo apto a conviver em sociedade de modo civilizado, tornou-se monstro¹³⁰. Revelou a crueldade de seus procedimentos, sua face genocida. Entende-se que sob o pretexto de conversão moral, o sistema penal se estabeleceu - e se estabelece - como *melhorador da humanidade* por meios imorais.¹³¹

Não obstante, se coloque de tal forma, o sistema penal tem sido cada vez mais difundido, mais aclamado, apesar de ter sua crueldade evidenciada. Simples: criou-se a figura do sistema penal como ídolo, como a panaceia para todos os males. Sintoma de uma sociedade frágil, que opta pelo exercício de um poder vertical, rompendo os laços de horizontalidade, embriagada por um discurso difundido pelas agências de criminalização secundária e o aparato midiático nacional. O que ocorre é que o processo de idealizar “é um gigantesco *expelir* os traços principais, de modo que os outros desapareçam sobre eles”¹³²: no caso do sistema penal é exaltar as suas funções manifestas e fazer com que desapareçam pela exaltação delas as suas funções latentes ou, na pior das hipóteses, é fazer com que se desapareçam no imaginário popular - mediante a embriaguez do idealismo que gera a sensação de “instensificação de força e abundância”¹³³ da sociedade - a sensação de

¹²⁹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2015, p. 70: “O que uma época percebe como mau é geralmente uma ressonância anacrônica daquilo que um dia foi considerado bom [...]”.

¹³⁰ *Idem*, ibidem: “Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro”.

¹³¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Crepúsculo dos Ídolos - Ou Como se Filósofa com o Martelo**. Petrópolis: Vozes de Bolso. 2014, p. 53.

¹³² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Crepúsculo dos Ídolos - Ou Como se Filósofa com o Martelo**. Petrópolis: Vozes de Bolso. 2014, p. 68.

¹³³ *Idem*, ibidem.

indignação perante as práticas violentas que partem do exercício da vingança estatal.

Tal dependência criada pela idealização do sistema penal, é sintoma característico das sociedades verticalizadas, fundadas e mantidas por um poder exercido de tal forma, afinal:

Se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras desse direito voltam a se manifestar. (...) Não é inconcebível uma sociedade com tal *consciência de poder* que se permitisse o seu mais nobre luxo: deixar *impunes* seus ofensores. (...) A justiça, que iniciou com “tudo é resgatável, tudo tem que ser pago”, termina por fazer vista grossa e deixar escapar os insolventes - termina como toda coisa boa sobre a terra, *suprimindo a si mesma*.¹³⁴

Portanto, as críticas formuladas por Nietzsche, nos permitem compreender “os processos de punitividade como fenômenos e interpretações eminentemente morais, próprios das formações judaico-cristãs que veem na pena formas de sancionar as identidades e proliferar as culpas [...]”¹³⁵. Ou seja, a pena é um exercício violento - que sequer cumpre suas funções manifestas - que se dá de forma naturalizada por um Estado de fraqueza e ausência de consciência de poder da sociedade através da idealização do sistema -, se pretende racional e melhorador da humanidade (no aspecto moral) quando, em verdade, se estabeleceu e crava suas garras com profundidade na sociedade por meios imorais, difundindo até os dias de hoje o reducionismo moral entre “bem” e “mal”.

Em Foucault, a crítica, que há nítida influência da perspectiva nietzschiana - como por exemplo, ao reconhecer que o sistema penal é um traço de uma sociedade verticalizada e que em sociedades horizontais com maior consciência de si, a justiça penal perderia relevância.¹³⁶ Todavia, a crítica na qual se beberá em Foucault, se dará em especial quanto a análise de dois poderes com duas economias políticas

¹³⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da Moral**. 2015, p. 56-57.

¹³⁵ DE CARVALHO, Salo. Op.cit., p. 343.

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. São Paulo: Martins Fontes. 2015, p. 62: “Quanto mais fraca uma sociedade, mais facilmente ela é posta em perigo por um crime, e mais pesada é a penalidade; uma sociedade organizada não é gravemente atingida por um crime e pode satisfazer-se com um sistema penal relativamente leve”.

diversas: o poder soberano - mais tratado no decorrer deste trabalho - e o poder disciplinar (aqui, principal enfoque crítico de análise).

Se nos primórdios, as pessoas envolvidas em um conflito, resolviam, normalmente, os conflitos entre si, a partir da Idade Média, o soberano criou para si a noção de infração (substituindo a prévia noção de dano), segundo a qual a lesão praticada por uma pessoa em relação à outra que estivesse prevista enquanto infração, passaria a lesar não tão somente a vítima, mas de igual modo ao soberano e, portanto, este teria o direito de confiscar o conflito e de resolvê-lo mediante a aplicação de uma pena restritiva de liberdade. Neste sentido entende Foucault¹³⁷

Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A questão era a de saber se houve dano, quem tinha razão. A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem 'Também fui lesado pelo dano', isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo, mas à própria lei do Estado. Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média.

Com o passar do tempo, outra invenção sucedera à ideia de infração, não de maneira antagônica, mas complementar: a pena de prisão, afinal, não obstante ser parte lesada, o Estado confisca para si o conflito e exige a reparação¹³⁸, que desde este momento até o atual tem sido feita pela restrição em cárcere daqueles sujeitos que praticam condutas em discordância com as leis do soberano.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nau. 1999, p. 66.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nau. 1999, p. 67.

Nesse primeiro momento, tem-se o que Foucault chama de Poder Soberano, que, através de seus procedimentos faz “circular os efeitos de poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e “individualizada” em todo o corpo social”¹³⁹.

Nota-se que nesse momento cria-se a imagem do infrator enquanto inimigo comum da sociedade, visto que a infração “lança o indivíduo contra todo o corpo social”¹⁴⁰ que deve ser vingado de maneira exemplar pelo poder estatal. E não somente: aqui a ideia da verdade ganha relevo especial, pois é extraída pelo procedimento de inquérito. Nesse sentido tem-se o inquérito como

[...] uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder.¹⁴¹

A ideia verdade, não constitui algo absoluto e, muito menos, pertencente ao mundo real. Trata-se de uma invenção que permanece em razão do poder e sua economia política, em nossas sociedades atuais¹⁴², possui cinco características:

[...] a ‘verdade’ é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, Exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas “ideológicas”).¹⁴³

A partir de determinado momento histórico há uma nítida alteração, o poder soberano passa a ser substituído até que cheguemos ao período do Poder Disciplinar que tem por função primordial o adestramento dos indivíduos, ou melhor,

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2017, p. 45.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes. 2014, p. 89.

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 1999, p. 78.

¹⁴² BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como locus da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p.153. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015. “[...] a busca pela verdade tem norteado o trabalho dos atores processuais, ampliando os horizontes de incidência das práticas persecutórias. Ao magistrado, portanto, compete o importante papel de revelar a verdade, ainda que essa seja apenas uma ilusão”.

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 2017, p. 52.

“adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura liga-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo”¹⁴⁴. Portanto, buscará formar corpos dóceis¹⁴⁵. Uma de suas características será dada pela utilização do modelo panóptico que

[...] organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções - trancar, privar de luz e esconder - só se conserva a primeira e se suprimem as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.¹⁴⁶

Foucault ainda, traz à tona, um aspecto de suma importância para a compreensão da pena: sua relação com a guerra. A pena criminal, como fora visto, é um ato de poder político. Se para Foucault a política é guerra continuada por outros meios¹⁴⁷, a pena é um de seus instrumentos mais letais, por servir à política econômico do poder disciplinar.

Não obstante, discorreu-se anteriormente sobre a questão da perpetuação do sistema penal e seu caráter de indispensabilidade, ou melhor, natural para a sociedade. Tal fato se dá por algumas questões:

Em primeiro lugar, recordemos que algumas críticas ao sistema penal tiveram, durante séculos, por objeto as mesmas questões para justificar o fracasso da prisão, mas, mesmo as críticas persistindo até o presente momento e tendo ocorrido diversas reformas de modo a “aperfeiçoar” o sistema punitivo esse persiste. Foucault afirma que, trata-se de fracasso aparente. O que há, em verdade, é uma gestão das ilegalidades bem-sucedida:

[...] a prisão, ao aparentemente “fracassar”, não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irreduzível a um certo nível e secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 2014, p.167.

¹⁴⁵ *Idem*, p.134: “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado.”

¹⁴⁶ *Idem*, p.194.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 165.

simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar.¹⁴⁸

Em segundo lugar, tem-se a força da proibição, que todos aceitaram; isto ocorre pelo fato de o poder não ser essencialmente repressivo, se assim o fosse, não teria obediência, por portar unicamente em negação. A força da proibição, por sua vez, diz respeito ao fato de que o poder, para além da função de reprimir, produz saber, discurso, etc.¹⁴⁹

Por fim, destaca-se a questão do arquipélago carcerário. Segundo essa noção trazida por Foucault, a sociedade num todo é constituída por diversas instituições estatais ou não de exercício do poder disciplinar (as escolas, os hospitais, as instituições militares, etc.) que tem na prisão seu mais alto grau superior. Sendo assim, tem-se uma dificuldade criada por essa forma de poder: no momento em que se tem o alastramento do poder disciplinar por todo o âmbito social, romper a estrutura, torna-se missão de maior complexidade.¹⁵⁰

Tem-se na naturalização do sistema penal, que tem na pena de prisão seu ato político maior, a naturalização como seu processo de maior relevância, vez que sua continuidade e difusão “permitem legalizar, ou em todo caso legitimar, o poder disciplinar, que evita assim o que possa comportar de excesso ou de abuso”¹⁵¹.

3.2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: REDUÇÃO DE DANOS?

Conforme fora exhaustivamente, as funções punitivas, enquanto atos de poder político no exercício do *potesta puniendi*, flertarão sempre com a possibilidade de abuso. A letalidade inerente ao próprio *modus operandi* do sistema penal, reflete a necessidade de orientação que guie os agentes jurídicos através de uma

¹⁴⁸ *Idem*, p. 271.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 2017, p. 44-45.

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit. 2014, p. 292-293.

¹⁵¹ *Idem*, p. 297.

perspectiva negativa, descrente quanto a possibilidade de o sistema penal atingir quaisquer funções manifestas a que se propõe.

A questão que se propõe agora é se a teoria agnóstica da pena, aqui tratada como o modelo mais adequado a orientar a *práxis* jurídica e a construção dogmática, seria, atualmente, a melhor forma de redução dos danos causados pelo exercício do poder punitivo?

Inegavelmente, a própria terminologia “contenção” denota a função redutora que o direito penal deve almejar em um Estado que se proclame democrático de direito, ainda mais se tratando de uma teoria que possui no abolicionismo penal sua “utopia orientadora. Mais ainda quando se enxerga que o direito penal não se presta a resolução de conflito, mas, ao contrário, promove uma decisão política que suspende o conflito, que a pena além de ato de poder político é uma inflição de dor desnecessária e que a atuação das agências de criminalização secundária tenderá - movida pelo discurso sanguinário das agências midiáticas - às práticas genocidas, temos que a redução de danos se dará através da teoria agnóstica da pena, isto pois

[...] inserida na perspectiva do realismo criminológico marginal, passa a ser o ponto de partida para projeção de discursos e práticas concretas voltadas à redução dos danos causados pela violenta incidência dos sistemas punitivos.¹⁵²

O realismo marginal, consistirá na análise dos dados ônticos dos países latino-americanos - no presente trabalho, o Brasil - nos quais pode-se verificar a alta seletividade dos processos de criminalização secundária, o descumprimento das funções manifestas da pena, em virtude dos altos índices de reincidência e do encarceramento em massa, as condições de desigualdade sócio econômicas, em virtude da extremamente desnivelada distribuição de renda, etc.

Tais características, refletem a necessidade de se partir de uma teoria agnóstica, visando a redução dos danos nefastos provocados pelo sistema penal e suas agências. No sentido da redução de danos, Salo de carvalho expõe que a mesma

¹⁵² CARVALHO, Salo de. Op. cit., 2013, p. 155.

partiria: a) do abandono das teorias justificacionistas da pena; b) da compreensão da pena como um ato de poder político; c) ações voltadas “a neutralizar ao máximo o efeito da prisionalização e a vulnerabilidade do indivíduo submetido ao sistema executivo”.¹⁵³

Acrescente-se ainda, alguns pontos estratégicos adotados por Mathiesen, como a legalização das drogas¹⁵⁴ e a questão de uma melhoria na distribuição de renda. Quanto ao último aspecto, delineou-se nesse trabalho que o sistema penal, principalmente quando da atuação das agências de criminalização secundária, encontra nas classes mais pobres e marginalizadas da sociedade sua clientela preferida. Nem de longe cogita-se que a igualdade de renda consistiria na conseqüente implosão do sistema penal, mas, torna-se inegável que uma melhor distribuição de renda poderia contribuir para a redução dos processos de seletividade.

Quanto ao primeiro aspecto, tem-se que a Política Criminal de drogas trata de modo mais visível o reducionismo binário entre o “bem” e o “mal”. A separação entre os cidadãos de bem e os traficantes de droga, constituídos como os inimigos da sociedade, encontra-se em consonância “com o projeto político criminal de beligerância”¹⁵⁵, legitimando a expansão de políticas criminais que se voltem a fomentar a hipertrofia do Estado de polícia em detrimento do Estado de direito. O rompimento com essa lógica, no contexto brasileiro, para além de diversos benefícios no âmbito econômico, traria um rompimento com o reducionismo binário fomentador do estado de polícia e seus massacres seletivos cotidianos. Indubitavelmente, poderia se verificar uma contenção no processo de aprisionamento e do próprio Estado policial. Não seria, tendo em vista o tamanho da problemática envolvendo o sistema penal, a sua solução. Mas, inegavelmente, constituiria uma das formas imediatas mais eficazes de contenção ao avanço do poder punitivo.

¹⁵³ CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2015, p. 269.

¹⁵⁴ Não será debatido aqui, apesar de extremamente relevante, todos os aspectos criminológicos e dogmáticos, envolvidos na discussão acerca da proibição ou legalização das substâncias entorpecentes.

¹⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil - Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.137.

Assumindo, por sua vez, o caráter reducionista da teoria agnóstica da pena, surge a necessidade de delinear-se algumas questões dogmáticas que envolvem a construção de um saber jurídico voltado a contenção do poder punitivo.

3.3 A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL NO CONTEXTO DA TEORIA AGNÓSTICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A SISTEMÁTICA TELEOLÓGICA REDUTORA

Tem-se que o direito penal se orienta a partir de uma decisão política e, partindo da concepção de que sua teoria dogmática deve resguardar um mínimo de racionalidade, delimitou-se nesse trabalho a necessidade de construção de um *sistema teleológico redutor* que busque a redução gradual do poder punitivo. Obviamente que a construção dos sistemas dogmáticos exercerá uma função a partir do conteúdo da decisão política supracitada.

No caso da teoria agnóstica, que vê na pena um conteúdo essencialmente político, a decisão política deve inserir-se no sentido de contenção de seus avanços, oferecendo, para tanto, paradigmas decisórios que potencializem a função controladora do poder judiciário¹⁵⁶.

Primeiramente, deve-se ater ao fato de que há compatibilidade entre o ordenamento jurídico brasileiro e a teoria agnóstica da pena:

O delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com *fins*, *funções* ou *justificativas*, indicando apenas *meios* para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado. Nos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX do art. 5º está traçada a forma constitucionalizada de imposição de penas, balizada pelas ideias de pessoalidade, individualização, humanidade e respeito à integridade física e moral. Mas o dispositivo mais exemplar da configuração constitucional da política penalógica de redução dos danos é encontrado na alínea 'e' do inciso XLVII. Ao determinar vedações a algumas espécies de pena (morte, prisão perpétua, trabalhos forçados e banimento -alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd', respectivamente), a Constituição estabelece, na referida alínea ('e'), o

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op. cit., p. 170.

princípio da proibição do excesso punitivo, ao negar, em qualquer hipótese, a aplicação e execução de penas cruéis.¹⁵⁷

O que se evidencia pelo exposto é a perspectiva nitidamente negativa por parte do constituinte brasileiro ao reconhecer tendências de um passado recente de abuso estatal na infligência de dor, em superar os limites impostos pela legalidade, buscando “reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo”, razão pela qual se vê a compatibilidade absoluta entre a teoria agnóstica e a Constituição Federal de 1988.¹⁵⁸

Um sistema jurídico-penal que tenha em seu epicentro a teoria agnóstica da pena, deverá possuir como requisito fundamental o respeito “à regra da compatibilidade legal, como lei básica construtiva” e ter como seu objetivo a observância da referida regra, concedendo prioridade às normas jurídicas de maior grau hierárquico: as constitucionais e internacionais.¹⁵⁹

A partir disso, deve-se ter em mente que a construção de um sistema teológico redutor deverá ser constituído por princípios que limitem as tentativas de avanço do poder punitivo e, para isso, tais princípios não podem ser estáticos, “*mas sim de formulação e realização progressiva*”.¹⁶⁰ Além disso, qualquer sistemática jurídico-penal que preze pelo mínimo de racionalidade e eficácia deve levar em consideração os dados ônticos, ou seja, aqueles extraídos da realidade:

A primeira estrutura real que o sistema de compreensão do direito penal deve respeitar é a incorporação do dado ôntico de que seus conceitos são sempre funcionais: a funcionalidade política dos conceitos jurídicos não é uma opção, ou seja, algo que pode, ou não, ser escolhido, mas sim tais conceitos são politicamente sempre funcionais. A única coisa que a construção de um sistema que não expressa sua funcionalidade consegue omitir é aquela funcionalidade manifesta, sem, contudo, lograr suprimir a latente. Para cumprir a função manifesta atribuída, a primeira coisa que o sistema de compreensão do direito penal deve respeitar são os dados da realidade social em relação ao exercício do poder punitivo: no que tange a este, não pode operar com dados sociais falsos, porque ao romper ou sonegar as estruturas da realidade do mundo não chegará a cumprir a função atribuída, mas qualquer outra. Ninguém pode mudar algo sem respeitar sua estrutura real. Em nível individual, uma ruptura com as estruturas da realidade do mundo é um fenômeno patológico grave. Embora conceitos individuais não possam ser livremente transferidos para âmbitos

¹⁵⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2015, p.260-261.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 261.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* Op.cit., p. 171.

¹⁶⁰ *Idem*, p.172.

coletivos, é bem provável que, nesse sentido, pelo menos, eles exponham um indício de situação crítica.

Além disso, há uma alteração na gramática punitiva quando se busca construir um sistema jurídico-penal que se pautem em um funcionalismo redutor. Em um sistema que gire em torno da teoria agnóstica da pena, no qual a pena é tida como ato de poder político, substitui-se a ideia de direito de punir (*ius puniendi*) pela de *potestas puniendi* (poder de punir).¹⁶¹

Adentrando em questões de caráter mais dogmático, - afinal, a construção da dogmática jurídico penal num sentido funcional teleológico redutor, deve promover alterações substanciais no conteúdo dogmático justificador - tem-se que segundo a construção dogmática proposta, o conceito de ação será entendido como “*uma conduta humana (por isto, conforme a sentido) que se exterioriza produzindo certos efeito em certo contexto do mundo (físico ou cultural, historicamente determinável)*”.¹⁶² Segundo afirmam Zaffaroni *et al*, o conceito pode acabar por não excluir mais hipóteses de ação que os demais, todavia, por respeitar os dados ônticos, este oferecerá mais garantias, visto que deve ser valorado “também por garantir melhor a exclusão, por sua maior capacidade de assegurar que não passe por ação um fato humano que não o seja”.¹⁶³ Assim, seria muito mais efetivo em uma construção dogmática do conceito de ação com a função de conter o poder punitivo

[...] um tipo que descarte seu avanço valendo-se de referências objetivas e subjetivas do que outro circunscrito às primeiras. Sempre que a definição da matéria proibida agregue requisitos, reduz-se a seletividade do poder punitivo, qualquer que seja a natureza dos instrumentos redutores, e a garantia de redução dilarga-se quando é imposta à tipicidade pelo conceito pretípico de ação, e não quando assumida por meras considerações de coerência interna.¹⁶⁴

Adentrando na própria estrutura dogmático do delito, prevalece atualmente, conforme dito, a sistemática tripartida segundo a qual considera-se crime todo ato *típico, ilícito (antijurídico) e culpável*.

¹⁶¹ CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2013, p.157-158.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al*. **Direito Penal Brasileiro**. v. 2, tomo I. Rio de Janeiro: Revan. 2003, p.110.

¹⁶³ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 112.

A tipicidade tradicional - adequação de uma conduta humana praticada no mundo real ao tipo penal descrito no Código Penal ou nas legislações esparsas - sofrerá alteração substancial no sistema teleológico redutor, aqui chamaremos de *tipicidade conglobante*. Conforme os preceitos constantes no conceito de tipicidade conglobante, a tipicidade objetiva não restará limitada ao estabelecimento das condutas típicas, devem ser analisados a presença de dois critérios que possibilitarão a configuração ou não da tipicidade objetiva segundo a teoria conglobante - a *conflitividade* (lesividade) e a *dominabilidade* (pertencimento a um agente). Nesses termos:

Através da função conglobante do tipo objetivo se estabelece a própria existência do conflito, o que pressupõe comprovar tanto sua *lesividade* quanto seu *pertencimento* a um sujeito. É inconcebível a criminalização de um pragma que não implique qualquer ofensa a outrem (representado no bem jurídico). *Não existe conflitividade quando a ação não ofende ninguém, nem tampouco quando, mesmo existindo uma ofensa, não pode ela ser filiada ao sujeito como obra sua.* A tipicidade objetiva do pragma se reconhece nas respostas cumulativas a um *quê* e a um *quem*. Não faz sentido perguntar-se sobre a imputação objetiva de um pragma que não seja lesivo (e, portanto conflitivo); porém um pragma, mesmo lesivo, que não seja imputável a ninguém não é, na verdade, conflitivo, e sim accidental. *Para haver conflitividade, é preciso que haja ofensa e sujeito imputado.*¹⁶⁵

Assim, quanto a dominabilidade, deve-se ter em mente que na condição de autor só será imputada alguém a conduta se este possuir a dominabilidade objetiva ou, na condição de partícipe, contribuiu de forma relevante à causa.¹⁶⁶ Quanto a lesividade, esta restará excluída quando: o bem jurídico não fora afetado ou se o fora de forma insignificante; “a exteriorização da conduta do agente corresponda objetivamente à conduta que teria o dever jurídico de fazer nas mesmas circunstâncias”; que a conduta exteriorizada corresponda objetivamente a uma conduta que o direito fomenta; quando haja um acordo ou a assunção de risco por parte do sujeito passivo; “o resultado não exceda o marco da realização de um risco permitido”.¹⁶⁷

Muitas outras questões de extrema relevância em aspecto dogmático poderiam ser tratadas, mas, aqui, talvez a que ganhe maior relevância diz respeito à culpabilidade, visto que, nesse âmbito, será inserido pelos autores a ideia de *vulnerabilidade* que,

¹⁶⁵ *Idem*, p. 212-213.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 213.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 214.

conforme as lições proferidas por Salo de Carvalho, a “teleologia dogmática redutora deve ser orientada pelos critérios de graduação da vulnerabilidade”¹⁶⁸. Aqui, o âmbito da culpabilidade não será orientada pela ideia de livre arbítrio, visto que essa constituiria uma ficção, sem amparo nos dados extraídos da realidade¹⁶⁹. No sentido, trazido pelos autores, a culpabilidade caminha lado a lado com a noção de *autodeterminação*:

No plano da culpabilidade em sentido estrito, o princípio da culpabilidade pode ser enunciado sinteticamente com a fórmula *não há pena sem possibilidade de opção*, ou seja, não há delito quando o autor não tenha disposto no momento da ação de uma margem de decisão ou, se se preferir, de liberdade para decidir pelo injusto.

A substituição da noção de livre arbítrio pela de autodeterminação é um ponto essencial para a noção de culpabilidade em referido sistema dogmático, visto que, a segunda, ao contrário da primeira, pode ser verificável, analisada de acordo com as variantes da situação concreta em que se encontra o agente¹⁷⁰. Portanto, o que se busca investigar com a ideia de autodeterminação seria “*qual foi o âmbito de determinação do próprio autor naquelas circunstâncias*”¹⁷¹.

Outro requisito inserto na culpabilidade e que merece nossa atenção seria a substituição da ideia de consciência (conhecimento) da ilicitude pela *possibilidade de compreensão da antijuridicidade*. Compreender, configura algo muito mais amplo: “*é uma instância superior de incorporação*”, ou seja, “*não se contenta com o mero conhecimento ou informação*”.¹⁷² Aqui há uma relação inversamente proporcional entre o esforço para compreender a ilicitude e a exigibilidade de agir em conformidade com a Ordem Jurídica:

Tanto maior o esforço que a compreensão da ilicitude demande, tanto menor a exigibilidade de conduta adequada ao direito (= menor culpabilidade), e vice-versa. Existe, portanto, uma relação inversa entre o esforço que o sujeito deve realizar para compreender a ilicitude e a exigibilidade jurídica dessa compreensão. Portanto, pode-se chegar a um

¹⁶⁸ CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2013, p.152.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. v. 2, tomo II. Rio de Janeiro: Revan. 2017, p. 194.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 202.

¹⁷¹ *Idem*, p. 205.

¹⁷² *Idem*, p. 215.

grau de esforço tão elevado que torne inexigível a possibilidade de compreensão.¹⁷³

Por fim, tem-se o elemento de *esforço por vulnerabilidade*, cuja regra expressa que quanto maior este tiver sido, maior será a culpabilidade e, por conseguinte a exasperação da pena a ser aplicada; quanto menor for, menor a culpabilidade e mitiga-se a pena; em casos nos quais se evidencie um esforço ínfimo, através de instigação de algum agente do sistema penal, temos por excluída a culpabilidade.¹⁷⁴

A culpabilidade pela vulnerabilidade descarta qualquer noção fictícia, pautada na razão de Estado ou na periculosidade do agente¹⁷⁵. Partindo da perspectiva negativa quanto ao exercício do poder estatal, principalmente no que tange ao *potestas puniendi*, periculosidade analisada é aquela inerente ao sistema penal quando atua em face de pessoas situadas em situações de vulnerabilidade.

Diversos outras considerações dogmáticas partindo da *sistemática teleológica redutora* poderiam ser abordados, contudo, no que pretende este trabalho, basta a abordagem dos principais marcos metodológicos do sistema cujo epicentro seja a teoria agnóstica.

O que cumpre afirmar, no presente momento, é que, apesar de uma tarefa árdua, torna-se plenamente viável a construção de um saber jurídico-penal que, partindo da teoria agnóstica da pena como seu epicentro - e tendo no abolicionismo penal a sua *utopia orientadora* -, promova gradualmente a redução dos avanços do poder punitivo.

¹⁷³ *Idem*, p. 218.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 222.

¹⁷⁵ CARVALHO, Salo de. Op. cit. 2013, p.195.

CONCLUSÃO

Ao analisarmos a problemática aqui posta, notou-se no desenrolar do presente trabalho que um modelo de sistema penal que tenha em seu epicentro a teoria agnóstica da pena, seria o mais adequado na contenção do poder punitivo visto que:

Abdica das funções legitimadoras da pena, assumindo o caráter (ir)racional das mesmas; promove uma perspectiva negativa da pena, situando-a não como instituto de natureza jurídica, mas como um ato político de poder; rompe com a visão de naturalização envolvendo o direito penal, a pena, o delinquente e o crime, assumindo-os como invenções humanas em determinado contexto histórico; além de partir de uma crítica dos valores morais que imperam na sociedade e toda a economia política do poder disciplinar que a envolve.

Apesar de reconhecermos ser uma missão árdua a contenção do poder punitivo, além do rompimento com a razão punitiva imperante e suas funções manifestas, parte-se dos dados extraídos da própria realidade, de forma que se contenha o Estado Policial e se faça prevalecer um Estado de Direito: assume-se que a pena não possui caráter natural - constitui mera invenção da humanidade - e, tampouco, seria eterna. Ocorre que, inegavelmente, a sua abolição, no contexto atual não seria possível. Portanto, orientando-se pela abolição gradual, busca construir uma forma de saber que vise conter o poder punitivo.

Ademais, como forma de constituição de um saber dogmático jurídico-penal, pautou-se na sistemática teleológica reducionista de Eugênio Raúl Zaffaroni *et al*, que possui construções teóricas firmes, com sustentáculo não em abstrações ou em generalidades, mas em dados reais que devem variar conforme o caso concreto.

Todavia, ressalte-se que o perigo denunciado por Nietzsche ao se combater os *monstros* - no caso, o sistema penal - deve servir de alerta a teoria agnóstica da pena, visto que um saber tão próximo ao poder punitivo, ainda que busque sua

implosão gradual, deve ter em vista que o sistema penal possui a perversa capacidade de subverter aquilo que propõe lhe limitar.

Face todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que não há outra alternativa, a não ser a construção de um modelo de dogmática jurídico-penal cujo epicentro seja a teoria agnóstica da pena e que tais construções possam guiar a práxis judiciária de forma que haja a contenção do poder punitivo, o gradual rompimento com a racionalidade punitiva, bem como as lógicas morais e economias políticas que lhe envolvem. Visto que ou permitiremos o avanço do Estado Policial a ponto de se suprimir por inteiro, aquilo que fora conquistado com tanta luta: o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal - artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. São Paulo: Saraiva. 20. ed. 2014.

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá. 2013.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como locus da crise sacrificial. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115, p. 141-165. São Paulo: RT, jul.-ago. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2013.

_____. **A Política Criminal de Drogas no Brasil - Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

CELIS, Jacqueline Bernat de Celis; HULSMAN, Louk. **Conversas com um abolicionista do sistema penal**. In: HULSMAN, Louk. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crimes**. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

_____. **Limites à Dor: O Papel da Punição na Política Criminal**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2017.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Loyola. 2014.

_____. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes. 2014.

_____. **A Sociedade Punitiva**. São Paulo: Martins Fontes. 2015.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nau. 1999.

_____. **Microfísica do Poder**. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Presos Provisórios: 44% do País**. 2011. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/presos-provisorios-44-do-pais/> > Acesso em: 04 de novembro de 2017.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Junior Editor. 2005.

HULSMAN, Louk. Temas e Conceitos numa Abordagem Abolicionista da Justiça Criminal. **In: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim. n.4, 1997.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. 1.ed. Campinas: Russel. 2003.

MARTINS, Jomar. No Brasil 32% dos presos são acusados de tráfico. **Revista Consultor Jurídico**. 15 dez. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-15/brasil-32-presos-sao-acusados-trafico-drogas> > Acesso em: 06 de novembro de 2017.

MATHIESEN, Thomas. A Caminho do Século XXI - Abolição, um sonho impossível?. **In: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim. n.4, 1997.

MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária. **Agência CNJ de notícias**. 05 jun. 2014. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. > Acesso em: 06 de novembro de 2017.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2016.

_____. **Vontade de Potência**. Petrópolis: Vozes. 2011.

_____. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2015.

_____. **Aurora**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2016.

_____. **Crepúsculo dos Ídolos - Ou Como se Filsofa com o Martelo.** Petrópolis: Vozes de Bolso. 2014.

_____. **Assim Falava Zaratustra.** Petrópolis: Vozes de Bolso. 2014.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, mar. 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral.** 10. ed. Salvador: JusPODIVM. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 7.ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

SCHEERER, Sebastian. **Hacia el Abolicionismo.** In: HULSMAN, Louk et al. Abolicionismo penal. Buenos Aires: Eidar. 1989.

_____. A Punição Deve Existir! Deve Existir o Direito Penal?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCrim/RT, vol. 117, jan/mar, 2015.

STEINERT, Heinz. **Mas Alla Del Delito Y D e La Pena.** In: HULSMAN, Louk et al. Abolicionismo penal. Buenos Aires: Ediar, 1989.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

_____. **Direito Penal Brasileiro.** v. 2, tomo I. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

_____. **Direito Penal Brasileiro.** v. 2, tomo II. Rio de Janeiro: Revan. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** 4. ed. Revan. Rio de Janeiro. 2013.

_____. **A Questão Criminal.** 1. ed. Revan, Rio de Janeiro, 2013.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 5.ed. Rio de Janeiro: Revan. 2014.

