

SALO DE CARVALHO

Professor Colaborador da Faculdade de Direito da UFSM.

Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da UFRGS (2010-2011).

Professor Titular do Departamento de Ciências Criminais da PUCRS (1996-2009).

Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES).

Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito.

PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

(FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO JUDICIAL)

2013

4 – MODELOS CONTEMPORÂNEOS DE JUSTIFICAÇÃO

4.1. Revitalização das Grandes Narrativas nos Discursos Contemporâneos de Justificação da Pena

4.1.1. Com a crise do discurso correccionalista que caracterizou a segunda modernidade penal, o *mainstream* das ciências criminais – termo utilizado para identificar o pensamento dominante que define os limites e os horizontes daquilo que é possível (lícito) investigar no campo de saber¹

¹ Entende-se que o termo *mainstream* criminológico fornece maiores possibilidades de compreensão do que as ideias de *comunidade científica* e de *ciência normal* propostas por Thomas Khun. Ao entender inexistente ‘a’ ciência como atividade homogênea de determinada forma de produzir conhecimento, o autor considera que a realização, a produção e a reprodução da ciência estão sempre restritas ao *consenso* ou *conjunto de compromissos teóricos* básicos existentes numa comunidade científica. Haveria ciência apenas quando um pesquisador utiliza os instrumentos oferecidos pelo modelo vigente, compartilhando objeto, métodos e fins: “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham de um paradigma (...). Um paradigma governa, em primeiro lugar, não um objeto de estudo, mas um grupo de praticantes da ciência” (KHUN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, pp. 219-224).

Consolidado, o paradigma passa a ser irrefletidamente repassado aos demais pesquisadores por meio de específicos modos de produção do saber. Essa *ciência normal* acaba por determinar o que é lícito ou ilícito, o que é ou não admissível em determinada disciplina, dirigindo e impondo os resultados finais, bem como constituindo *as formas e os campos possíveis do conhecimento* (FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, p. 30). Todavia, a partir do momento em que a comunidade científica identifica problemas nos objetos estudados ou que as suas respostas não correspondem às expectativas do grupo, emerge a *crise paradigmática*.

– procurou ressignificar a pena desde as mais distintas hipóteses. O processo de relegitimação fez-se necessário inclusive em decorrência da projeção, no universo acadêmico, das diversas tendências do pensamento abolicionista².

Logicamente que os discursos que se moldaram ao longo das últimas três décadas, ao tentarem conceber novas formas teóricas de justificação das penas, seguiram o padrão e a tradição iluminista das grandes narrativas que caracterizam a primeira e a segunda modernidade penal. Em grande parte advindos da filosofia, do direito e das ciências sociais, as narrativas de legitimação procuram, em face da **crise de legitimidade das penas**, readequar suas análises e encontrar novas fórmulas explicativas.

Para além das opções ecléticas (teorias unificadoras da pena) que potencializam distintas teorias das penas a partir da ideia de polifuncionalidade, as ciências criminais atuais se esforçam para oferecer novos discursos de justificação. Todavia, as principais hipóteses contemporâneas de justificação são baseadas na renovação ou readequação dos antigos discursos, como, p. ex., as tendências neorretributivistas da *teoria do merecimento* (Tonry, Hirsch e Ashworth), a perspectiva neoutilitária da *teoria garantista* (Ferrajoli), os modelos preventivos especiais da *teoria neocorrecionalista*

Haveria crise paradigmática neste momento intermediário em que o paradigma vigente não consensualiza mais a comunidade científica e o novo modelo ainda não está plenamente consolidado. A identificação dos elementos externos não absorvidos ou internos desconfortantes é fruto de verdadeira atividade subversiva, marginal e sediciosa desde a perspectiva da ciência normal, configurando uma *ciência extraordinária*, alternativa.

O objetivo da ciência extraordinária é impor novos limites, métodos e fins à ciência, instaurando-se como o novo paradigma. Este processo é definido por Khun como *revolução científica*. O efeito da crise não é, porém, a necessária substituição de um paradigma por outro. Reordenações e relegitimações ocorrem com frequência.

O problema da proposta de Khun é induzir uma ideia de desenvolvimento linear e progressivo das ciências, insuficiente para pensar as ciências na contemporaneidade – sobre o tema, importantes as reflexões de SOUSA SANTOS, *Um Discurso sobre as Ciências*, pp. 36-58; e, em sentido similar, CARVALHO, *Como (não) se faz um Trabalho de Conclusão*, pp. 8-12.

Neste cenário, pensar o corpo teórico (pesquisadores oficiais) que define os parâmetros científicos a partir da categoria *mainstream* parece ser menos equivocado. Sobre o tema, importantes as reflexões de SOUSA SANTOS, *Um Discurso sobre as Ciências*, pp. 36-58.

² Sobre o movimento abolicionista e sua pluralidade de discursos, conferir CARVALHO, *Antimanual de Criminologia*, pp. 125-132.

(Garland) e a *mica* (Jakobs) e

Importa seguem o pad complexidade tificação dos dora da interv prioritariame de harmonia Em regra são vo (e, inclusi negam a pos crime, à cri

4.1.2.

de desenvo distintas tra que no can ocorrendo – circunstã logia, p. ex que se esta de incidên

Ass teórica pr ceber que será prop significat a formaç

N

pela teo inúmer rapidam teorias neuroc pectiva positiv ca aos p

(Garland) e as teses incapacitadoras e dissuasórias da *teoria funcionalista-sistêmica* (Jakobs) e das *teorias atuariais do cálculo racional* (Wilson e Keeling).

Importante frisar, contudo, que na sua integralidade estas teorias seguem o padrão das metanarrativas, ou seja, em maior ou menor grau de complexidade optam pela criação de discursos altamente abstratos de justificação dos quais deriva cadeia de princípios e de pressupostos delineadora da intervenção punitiva em todos os níveis do direito penal. Buscam, prioritariamente, a criação de sistemas universais de legitimação dotados de harmonia e de completude (ausência de contradições ou de lacunas). Em regra são discursos que embora reconheçam a crise do sistema punitivo (e, inclusive, das ciências criminais contemporâneas) são reticentes ou negam a possibilidade de abdicar das fórmulas tradicionais de resposta ao crime, à criminalidade e à pena.

4.1.2. Questão introdutória relevante é a da diferença dos processos de desenvolvimento, de incorporação político-criminal e de crítica nas distintas tradições jurídico-penais (*civil law* e *common law*). Embora se saiba que no campo teórico inexistem processos lineares de substituição de modelos, ocorrendo na maioria dos casos justaposição e/ou coexistência de discursos – circunstância que na atualidade caracteriza a fragmentação da criminologia, p. ex. –, no plano político-criminal é possível identificar tendências que se estabelecem como preponderantes e que definem diferentes rumos de incidência do sistema punitivo.

Assim, nos **países da *common law***, em paralelo à desconstrução teórica proveniente do pensamento criminológico crítico, é possível perceber que a primeira mudança político-criminal no sistema *penal-welfare* será proposta pelas teorias do merecimento, cuja incorporação trouxe significativas alterações nas práticas das agências punitivas, sobretudo com a formação do sistema de penas determinadas (*guideline sentencing*).

No entanto, apesar da institucionalização do novo sistema moldado pela teoria do justo merecimento, a partir da década de 1980 emergem inúmeros discursos punitivos de corte autoritário cujas premissas serão rapidamente consumidas pelo *mainstream* político-criminal – p. ex., as teorias atuariais de incapacitação, as teorias do agir cotidiano e as teorias neurocriminológicas. Conforme destacam Blomberg e Lucken, estas perspectivas criminológicas neoconservadoras, ao propiciarem releituras do positivismo ortodoxo moralista e biológico, fornecem certificação acadêmica aos projetos de lei e ordem e relegitimam teorias punitivas retributivis-

tas, dissuasórias e incapacitadoras³. Não por outro motivo é que se assiste nas três últimas décadas, como efeito do consumo político-criminal destas teorias, ao vertiginoso aumento dos índices de encarceramento mundiais.

Detalhe fundamental a ser notado, portanto, é o da coexistência, nos países da *common law*, destas distintas perspectivas prático-teóricas. Além de a edificação correcionalista não ser absolutamente abandonada, a política de penas determinadas segue, na atualidade, orientando os juízos criminais na determinação da pena e, de forma agudizada, o pensamento atuarial incrementa alterações legislativas que potencializam o punitivismo⁴.

4.1.3. Nos **países da civil law** são inúmeras as variáveis que tornam distintos os processos de alteração das políticas punitivas. No entanto, em face da capacidade de circulação do conteúdo das políticas criminais nos países de tradição romano-germânica, esta rica pluralidade será *homogeneizada*, sendo consciente a *redução* do objeto de análise e os riscos decorrentes desta opção. O objetivo desta abordagem é que se possa, mesmo que de forma parcial, apresentar uma leitura panorâmica das alterações do pensamento penológico e dos seus efeitos no campo da punitividade.

A principal característica que diferencia a forma de determinação da pena (aplicação e execução) nas tradições da *common law* e da *civil law* é a de que os sistemas romano-germânicos estão estruturados sob o império do princípio da legalidade penal. O apego à legalidade formal impediu a discricionariedade no processo de individualização que conduziu os sistemas jurídicos anglo-saxões correcionalistas ao extremo da pena indeterminada.

Na maioria dos sistemas romano-germânicos, a individualização inicia-se no procedimento legislativo, com a determinação de penas mínimas e máximas para cada delito e com a fixação de circunstâncias gerais e especiais de aumento e de diminuição da sanção conforme o desvalor da conduta e do resultado. Em um segundo momento, a pena se estabelece na esfera judicial, na qual o juiz, dentro dos parâmetros fixados previamente pelo legislador, determina a quantidade da resposta punitiva de acordo com

³ BLOMBERG e LUCKEN, *American Penology*, p. 173.

⁴ Neste sentido, a declaração de princípios do *Federal Sentencing Guidelines Manual* de 2011, que atualiza o *Sentencing Reform Act* de 1984, ao estabelecer as guias de aplicação da pena (*guidelines*), aponta como finalidades da punição a dissuasão/neutralização (*deterrence*), a incapacitação (*incapacitation*), a justa retribuição (*just punishment*) e a reabilitação (*rehabilitation*) (United States Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, p. 1).

a culpabilidade do réu. O terceiro momento da individualização ocorre na fase de execução, local em que atuam os técnicos das agências penitenciárias (profissionais da criminologia), informando e orientando as decisões judiciais sobre progressão de regime, saídas temporárias e livramento condicional.

Neste sentido, é possível perceber algumas importantes diferenças nos discursos da crítica criminológica ao modelo *penal-welfare*. Nos sistemas da *common law* a crítica central ao correcionalismo decorreu da edificação de um sistema de penas indeterminadas muito similar, talvez idêntico, ao das medidas de segurança. A indeterminação das penas gerou situações de absoluta ausência de garantias como, p. ex., quanto ao tempo de permanência do condenado nas instituições punitivas. Nos países da *civil law*, em razão de a legalidade estabelecer o prazo máximo de duração da pena, foram enfatizadas outras particularidades do modelo de prevenção especial, como a incapacidade de as instituições totais alcançarem o ideal de ressocialização em razão da produção da despersonalização (mortificação) do apenado e da proliferação de estereótipos delinquentiais.

Outrossim, os distintos sistemas jurídicos produzem diferenciados cenários de reformas político-criminais. É significativa, p. ex., a ausência do discurso do justo merecimento no campo acadêmico e político dos países romano-germânicos, fato que não impede, porém, sua aproximação com a teoria garantista, seja nas críticas à estrutura substancialista do correcionalismo, seja nas resistências ao incremento do punitivismo.

Além disso, as reformas políticas nos países latinos nas últimas décadas do século passado determinaram trajetórias político-criminais próprias. Na maioria dos países ibero-americanos, os regimes ditatoriais perduram durante a década de 1970 e os processos de redemocratização que ocorrem nos anos 1980 são seguidos da promulgação de Constituições democráticas. Com a nova perspectiva política, os direitos fundamentais são afirmados em sua intensidade, fato que, no aspecto normativo, criou algumas importantes barreiras ao punitivismo. Em inúmeras Constituições, porém, o ideal ressocializador da pena é incorporado como princípio fundamental, o que consolida políticas públicas de corte correcionalista no campo da execução penal.

Por outro lado, a partir da década de 1990, o alto impacto publicitário do pensamento gerencialista-atuarial e os processos de globalização neoliberal no capitalismo periférico proporcionarão, na esfera político-criminal, uma certa harmonização entre os países romano-germânicos e os anglo-saxões, como a proliferação da lógica punitivista e o incremento

dos índices de encarceramento. Igualmente no final do século passado são agregados aos modelos gerencialistas as perspectivas funcionalistas sistêmicas de incapacitação que, em razão do seu diálogo transversal com a dogmática penal, serão facilmente digeridas nas ciências criminais.

A dificuldade de apresentar um conjunto harmônico e homogêneo sob a denominação *teorias contemporâneas da pena* é, portanto, notória. Em face da pluralidade de perspectivas, serão expostos os modelos teóricos considerados de maior relevância e aqueles que, na esfera política, apresentaram maior influência. A ordem de apresentação destas teorias não é necessariamente temporal, embora se tente seguir relativamente o percurso apresentado nesta explicação preliminar.

4.2. Teoria da Pena Merecida: Fundamentos e Crítica do Neorretributivismo

4.2.1. O principal programa político-criminal que se desdobrou da crítica ao correccionalismo nos países anglo-saxões, provocando efetivas alterações no sistema de administração da justiça criminal, foi derivado da **teoria do justo merecimento** (*just deserts*).

O modelo correccionalista, baseado no discurso da ressocialização, havia produzido, sobretudo nos Estados Unidos, um sistema de individualização baseado na pena indeterminada. A partir da ideia da impossibilidade da determinação *ex ante* do tempo de tratamento, não caberia aos legisladores ou aos juizes a fixação do período de internação do sujeito condenado por atos ilícitos. Conforme visto anteriormente, o procedimento de individualização científica exige do corpo clínico-criminológico a realização do diagnóstico do condenado de forma a estabelecer classificação conforme seus *déficits* individuais e, posteriormente, acompanhar a terapêutica, indicando o momento em que se efetiva a ressocialização e em que são minimizados os riscos de reincidência.

Desde a perspectiva dos direitos e das garantias individuais, o modelo de pena indeterminada proposto pelo discurso correccionalista obsta quaisquer limites à intervenção estatal, tanto os limites quantitativos, por meio do estabelecimento de tempo máximo de pena, quanto os limites qualitativos, com a proibição do uso de determinadas técnicas invasivas para atingir o objetivo de reabilitação do condenado.

Des
geraram p
tange ao c
pressão d
início dos
direito à d
tencial do
presentaç
mento po
Stanley K
Estranho n

De
significat
Report of
Hirsch. S
minada; r
fixas e pr
aplicação
nas conde

El
logia da
te senten
merecimen
law: prin
lhantes d
tempo d
sidade, a
endurec
bilitação
decorrênc
para con
C
cionalis

⁵ GARL

⁶ GARL

⁷ LARR

Destaca Garland que os métodos de tratamento penal compulsório geraram profunda desconfiança nas práticas punitivas, mormente no que tange ao desrespeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade de expressão do condenado. Segundo o autor, importantes documentos no início dos anos 1980 destacavam “a preocupação com a autenticidade e com o direito à diferença do ‘homem comum’, assim como o temor pelo autoritarismo potencial do governo e da ciência (...)”⁵. Lembra, inclusive, as significativas representações literárias e cinematográficas da forma institucional de tratamento por meio da intervenção punitiva, como *Laranja Mecânica* (filme de Stanley Kubrick baseado na obra homônima de Anthony Burgess) e *Um Estranho no Ninho* (filme dirigido por Milos Forman).

Dentre os principais trabalhos de crítica ao modelo correccional é significativa a publicação de *Doing Justice: The Choice of Punishments – The Report of the Committee for the Study of Incarceration* (1976), de Andrew von Hirsch. Seu conteúdo demonstrava “(...) repúdio às leis de condenação indeterminada; restrições à aplicação da liberdade condicional [parole]; incentivo às sanções fixas e proporcionais voltadas ao delito e não ao delinquent; definição de guias para aplicação de penas que auxiliariam as decisões judiciais e reduziriam a disparidade nas condenações”⁶.

Elena Larrauri aponta três problemas centrais que atingiram a ideologia da reabilitação e a prática das sentenças indeterminadas (*indeterminate sentencing*), situação que possibilitou a emergência do discurso do justo merecimento (*just deserts*) na tradição jurídica e criminológica da *common law*: primeiro, a disparidade de condenações em casos de prática de semelhantes delitos; segundo, a discricionariedade dos critérios de definição do tempo de pena (como, p. ex., a possibilidade de reincidência, a periculosidade, a reinserção do condenado); e, terceiro, as crescentes demandas por endurecimento das penas e o custo relativamente alto das políticas de reabilitação. Leciona a autora que “no final da década de setenta, portanto, em decorrência deste acúmulo de circunstâncias, se produz um movimento direcionado para condenações determinadas em lei (*determinate sentencing*)”⁷.

Os resultados das pesquisas acadêmicas na deslegitimação do correccionalismo; o aumento do nível de crítica e de insatisfação dos profissionais

⁵ GARLAND, *The Culture of Control*, p. 57.

⁶ GARLAND, *The Culture of Control*, p. 59.

⁷ LARRAURI, *Control del Delito y Castigo en Estados Unidos*, p. 13.

das agências de controle; e a demanda político-criminal para definição de regras para o cumprimento das condenações são fatores que podem ser apontados como impulsionadores do novo sistema de resposta penal. Neste cenário, a *teoria do merecimento* (*just deserts*) emerge como discurso viável para definição de critérios precisos, homogêneos e equânimes de aplicação das sanções, baseados, fundamentalmente, na censura pelo dano causado.

O princípio orientador da teoria do merecimento é o do estabelecimento de mecanismos de orientação (*guidelines*) para aplicação judicial (*sentencing*) de penas proporcionais à gravidade do crime cometido. A delimitação de parâmetros de proporcionalidade permitiria criar escalas de sanções conforme a lesão provocada pelo infrator, de forma a estabelecer paridade quantitativa (tempo) e qualitativa (espécie) entre penas decorrentes de infrações de natureza semelhante. Definida antes da prática do delito, a guia penológica, direcionada ao juiz, substituiria os juízos e os prognósticos de reincidência elaborados pelo corpo clínico criminológico que atuava no interior do sistema prisional.

Possível afirmar que a teoria do merecimento se diferencia dos demais discursos de justificação mais pela sua natureza pragmática do que pelo seu conteúdo teórico, ou seja, caracteriza-se mais como uma técnica de definição de limites de quantificação regrados pela distribuição proporcional de sanções do que como teoria de justificação da legitimidade das penas.

Segundo Hirsch, o princípio da proporcionalidade, que impõe que as sanções sejam adequadamente severas à gravidade das infrações, surge como exigência de justiça (justo merecimento), traduzindo-se, conforme destaca Ashworth, “no conceito-chave da teoria do merecimento”⁸. Assim, contrariamente à tradição filosófica, “que se limitou à justificação geral do castigo, ao ‘porque’ deveria existir o castigo”, sustenta a necessidade de discutir “a relação entre a justificação da existência do castigo com a questão de quanto castigo deve receber o infrator”⁹.

Diferentemente do modelo correcional, à teoria do merecimento é imprescindível perceber o infrator como sujeito livre que realizou voluntariamente o dano, isto é, como responsável pela sua conduta, como indi-

⁸ ASHWORTH, *Sentencing*, p. 992.

⁹ HIRSCH, *Censurar y Castigar*, p. 31.

víduo com capacidade punitiva que imp...

4.2.2. Par...
utiliza fórmula...
e proporcionalidade...
estabelece na co...
cam semelhante...
cias de proporci...
do castigo”¹¹ e d...
ao escaloname...
a proporcionalid...
usada para verif...
te com circunstân...
O critério car...
ideia geral de...
meio da defin...
intermediária...
prisão. Amb...
de penas para...

A ideia...
do poder de...
(temporal) e...
cionatório c...
como base a...

¹⁰ “Os penalistas...
espécies distintas...
morais e que n...
sistema de pen...
quam. Deveria...
admitir-se que...
outras e, ao m...
Um sistema p...
forma de ajud...
eleição” (HIRSCH)

¹¹ HIRSCH

¹² ASHWO

víduo com capacidade de compreender a reprovabilidade inerente à norma punitiva que impõe o castigo¹⁰.

4.2.2. Para definição dos **critérios de proporcionalidade**, Hirsch utiliza fórmula que concilia dois vetores: *proporcionalidade ordinal* (relativa) e *proporcionalidade cardinal* (não relativa). A proporcionalidade ordinal se estabelece na comparação entre as penas, de forma que delitos que provocam semelhantes lesões aos direitos recebam castigos similares. As exigências de proporcionalidade ordinal “se fundamentam na concepção reprobatória do castigo”¹¹ e definem a necessidade de respeito à paridade, à graduação e ao escalonamento das penas conforme a gravidade do delito – “em teoria, a proporcionalidade ordinal requer a criação de escala de valores, a qual pode ser usada para verificar a gravidade de cada tipo de crime; culpabilidade, conjuntamente com circunstâncias agravantes e atenuantes, podem ser assimiladas nesta escala”¹². O critério cardinal indica limites à gravidade de penas de acordo com a ideia geral de reprovação, de forma a criar condições de adequação por meio da definição de um índice máximo de punição, da criação de sanções intermediárias e da proposição de substitutivos (alternativas) às penas de prisão. Ambos os parâmetros objetivam estabelecer critérios de hierarquia de penas para distintas condutas e fórmulas de isonomia entre as sanções.

A ideia central de Hirsch é a da criação de mecanismos limitadores do poder de punir a partir da definição de precisos critérios quantitativos (temporal) e qualitativos (espécie). Contra a flexibilidade do sistema sancionatório correcionalista, o autor modela uma estrutura punitiva, tendo como base a previsão legal de sanções (princípios da legalidade e da ante-

¹⁰ “Os penalistas tendem a ver com excessiva facilidade os delinquentes e potenciais delinquentes como espécies distintas do cidadão obediente, como pessoas que são bastante impermeáveis aos mandados morais e que necessitam ser intimidados ou frenados para respeitar a lei. Não aceito esta visão. Um sistema de penas não deve ser desenhado como algo que ‘nós’ fazemos para prevenir que ‘eles’ delinquam. Deveria ser algo que os cidadãos livres desenharam para regular sua própria conduta. Deveria admitir-se que ambos somos pessoas que (ao menos sob determinadas circunstâncias) podemos ofender outras e, ao mesmo tempo, somos capazes de entender os juízos morais que o castigo penal expressa. Um sistema penal, em uma sociedade democrática, deveria ser do tipo que as pessoas aceitariam como forma de ajudá-las a vencer suas próprias tentações, ao mesmo tempo que respeite sua capacidade de eleição” (HIRSCH, *Censurar y Castigar*, p. 28-29).

¹¹ HIRSCH, *Censurar y Castigar*, p. 46.

¹² ASHWORTH, *Sentencing*, p. 993.

rioridade), aplicadas conforme a reprovabilidade da conduta (direito penal do fato) praticada por sujeito com capacidade de compreensão do ilícito (princípio da culpabilidade). Quanto ao juízo, as regras de orientação (*sentencing guidelines*)¹³ permitem a redução do grau de discricionariedade e, conseqüentemente, o exercício do controle da atividade jurisdicional.

Correlato ao programa de erradicação das penas indeterminadas, Hirsch projeta um modelo político-criminal fundado no princípio de mínima intervenção com a perspectiva do uso subsidiário da pena carcerária, no qual o “*aprisionamento deve ser limitado apenas aos casos de graves ofensas; (...) a prisão, portanto, deve ser a sanção aplicada apenas em crimes que causem ou possam causar graves danos – tais como roubo com emprego de arma, estupro*”¹⁴.

Não obstante a definição de critérios de igualização e de proporcionalidade da quantidade das penas de prisão e a proposição de sanções alternativas ao cárcere para os casos de delitos leves, Hirsch sustenta como imprescindível a redução quantitativa do tempo da pena em limites toleráveis. Ao defender-se da acusação de que a teoria do justo merecimento seria responsável pelo avanço do punitivismo e pelas altas taxas de encarceramento, nas últimas décadas, nos Estados Unidos, lembra Hirsch que em *Doing Justice* havia proposto que o uso da pena de prisão fosse “*limitado para delitos graves (fundamentalmente para delitos violentos e para os casos mais graves de criminalidade de ‘colarinho branco’); e a duração da privação de liberdade para estes delitos deveria ser até três anos – exceto para o caso de homicídio, cujo limite normal seria o de cinco anos*”¹⁵.

¹³ A incorporação gradual da teoria do merecimento pelos distintos sistemas de justiça criminal dos Estados Unidos e, posteriormente, do Canadá e da Inglaterra fomentou a criação de Comissões para determinação dos critérios de aplicação das penas determinadas, introduzindo na cultura jurídica da *common law* a prática de *sentencing* orientada pelas *guidelines*. Conforme destaca Hirsch, “*a ideia de proporcionalidade ou de pena merecida [‘deserved sentence’] tem tido considerável influência ao longo das duas últimas décadas*”, tendo sido adotada em várias jurisdições nos Estados Unidos – Oregon e Minnesota, exemplarmente –, no Canadá (1986) e em alguns países europeus da *common law* – Finlândia (1976), Suécia (1988), Inglaterra e Gales (1991) (HIRSCH, *The Future of the Proportionate Sentence*, p. 271).

¹⁴ HIRSCH, *Giving Criminals Their Just Deserts*, p. 347.

¹⁵ HIRSCH, *Censurar y Castigar*, p. 80.

Sobre os argumentos de Hirsch contra a assertiva de ser a teoria do merecimento responsável pelo avanço do punitivismo, conferir, sobretudo, HIRSCH, *The Future of Proportionate Sentence*, pp. 278-285. Sobre o papel exercido pela teoria do merecimento e sua relação com o incremento dos índices de encarceramento, conferir BLOMBERG e LUCKEN, *American Penology*, pp. 177-188.

4.2.3.

teoria do jus
ilustrada do
ocidentais da
suas críticas
sistema de g
permitido d
Ferrajoli co

O ser
na negativa
autor pela le
modelo de
que dimens
de sofrimen
provocado
(eventualme
no e abre e

A n
durante os
é o oposto
e nos rom
mo anglo
justo mere
-se uma i
tamente a
pabilidad
jurídicos
venção e
consolida
nha (196
especial
que este

¹⁶ FERR

¹⁷ ASHW

¹⁸ O mo
correcion
da análise

4.2.3. As premissas que norteiam o projeto político-criminal da teoria do justo merecimento são, inegavelmente, inspiradas na tradição ilustrada do direito penal que moldou os sistemas normativos dos países ocidentais da *civil law*. Algumas variáveis do modelo de Hirsch, sobretudo suas críticas ao correccionalismo, assemelham-se muito particularmente ao sistema de garantias, embora esta revitalização das teorias absolutas tenha permitido que a proposta do justo merecimento fosse identificada por Ferrajoli como um equívoco teórico de corte autoritário¹⁶.

O sentido retributivista da teoria encontra-se, fundamentalmente, na negativa de qualquer finalidade da pena para além da reprovação do autor pela lesão causada. Neste aspecto a ideia de retribuição recapita um modelo de responsabilização jurídica centrado na culpabilidade, critério que dimensionará a proporcionalidade da pena. A perspectiva de imposição de sofrimento por meio da sanção como uma resposta proporcional ao dano provocado, pressupondo que “os indivíduos devem ser tratados como responsáveis (eventualmente falíveis) agentes morais”¹⁷, redimensiona o pensamento kantiano e abre espaço para o que poderia ser denominado **neorretributivismo**.

A mudança no sistema punitivo nos Estados Unidos e na Inglaterra durante os anos 1980 produziu um interessante fenómeno a ser avaliado que é o oposto movimento teórico e político-criminal nos países anglo-saxões e nos romano-germânicos. Isto porque no auge da crítica ao correccionalismo anglo-saxão, situação que fomentará a incorporação do modelo do justo merecimento, na década de 1960, sobretudo na Alemanha, estabeleceu-se uma importante corrente teórica cuja centralidade das propostas é exatamente a substituição do modelo de penas centrado na retribuição à culpabilidade em prol da adoção de perspectiva relativa voltada à tutela de bens jurídicos (prevenção geral negativa) e à ressocialização do condenado (prevenção especial positiva). Esta corrente teórica liderada por Roxin e que se consolidará com a redação do Projeto Alternativo de Código para a Alemanha (1966) será a responsável pela incorporação das premissas de prevenção especial positiva na dogmática penal romano-germânica no momento em que este sistema apresentava notórios sinais de crise nos países anglo-saxões¹⁸.

¹⁶ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, pp. 240-245.

¹⁷ ASHWORTH, *Sentencing*, p. 992.

¹⁸ O modelo teórico funcionalista de Roxin e a forma de incorporação dogmática do correccionalismo no sistema da *civil law* serão apresentados posteriormente, no momento da análise dos vínculos entre *pena* e *culpabilidade*.

4.3. Teorias Penológicas Neoconservadoras: Discursos Atuarial e Funcionalista-Sistêmico: Fundamentos e Crítica

4.3.1. Se nos países anglo-saxônicos a década de 1980 é marcada pela predominância da teoria do justo merecimento e a consequente transformação do sistema punitivo correcionalista (modelo *penal-welfare*), os períodos subsequentes assistirão à emergência de discursos político-criminais de corte autoritário que consolidarão o cenário punitivista contemporâneo. O substrato teórico e ideológico destas políticas conservadoras dos anos 1990 é fornecido pelos **modelos atuariais e gerencialistas**.

Nos países latinos, especialmente o Brasil, o processo de redemocratização política e a afirmação do constitucionalismo criaram significativas barreiras ao avanço do punitivismo. No entanto, os discursos e as práticas políticas de defesa dos direitos humanos apenas retardaram o impacto dos projetos atuariais. Isto porque, ao longo dos anos 1990, a política criminal nacional aderiu ao processo de globalização dos discursos gerencialistas, notadamente dos modelos de tolerância zero, gestados nos Estados Unidos. Além disso, no âmbito acadêmico, as teorias funcionalistas-sistêmicas, em razão do seu intenso diálogo com a dogmática jurídica, passaram a ser acriticamente consumidas pelo *mainstream* penalístico.

A proliferação de projetos punitivistas no âmbito político-criminal, associada à incorporação de um modelo dogmático autoritário na academia, produziu um cenário novo no qual, em muitas ocasiões, políticas populistas anteriormente desqualificadas pela ausência de fundamentação teórica apresentam-se como legítimos discursos científicos, encobrendo sua funcionalidade criminalizadora e seletiva em parâmetros de objetividade e neutralidade axiológicas.

4.3.2. A partir da década de 1970, os discursos penal e criminológico assistem ao declínio do ideal reabilitador. A crise do correcionalismo representa a própria crise dos paradigmas nas ciências criminais, pois os modelos de prevenção especial positiva representam a última grande narrativa penológica da modernidade. Após o correcionalismo, o cenário teórico de fragmentação – proliferação de teorias híbridas e reposicionamento de perspectivas desgastadas – é atravessado pela emergência do populismo punitivo e a consolidação do grande encarceramento. Nesta lacuna entre o esgotamento das políticas de prevenção especial positiva e a edificação do punitivismo, surge a **nova penologia** (*new penology*).

Nas palavras que opera por meio legítima desde baixa nova penologia se va nas falas da poporada por import científica). Conf punição; como u pode ser classifica partilhada por inu (p. ex., algumas e

O novo di nos Estados Unio zero, (b) acaden (teoria das janela a institucionaliz tes estados nort carcerária a pa pena (correção

¹⁹ PAVARINI, E PAVARINI, *Proce* PAVARINI, *La I* PAVARINI e G

²⁰ As *Three-Strik* e um dos prime nhecida regra d de prisão perpé

Em 1994, a estados norte-a aplicava em ca arma de fogo. comércio de e aos dois prime não. Conform à publicação d de pequeno p veis, de cigar (BLOMBER

Nas palavras de Pavarini, trata-se de uma *penologia fundamentalista* que opera por meio da difusão de uma cultura populista sobre a pena e se legitima *desde baixo*, isto é, mediante o senso comum. Segundo o autor, a nova penologia se desenvolve a partir da pulverização da cultura repressiva nas falas da população, difundida pelos meios de comunicação e incorporada por importantes teóricos da comunidade acadêmica (legitimidade científica). Configura-se, portanto, como uma nova forma de perceber punição; como uma política penal com forte apelo populista e que não pode ser classificada exclusivamente como uma *política de direita*, pois compartilhada por inúmeras administrações de esquerda e de centro-esquerda (p. ex., algumas experiências do novo realismo de esquerda)¹⁹.

O novo discurso penológico que emerge a partir da década de 1990 nos Estados Unidos – (a) politicamente inspirado na máxima da tolerância zero, (b) academicamente ancorado nas teorias situacionistas autoritárias (teoria das janelas quebradas, p. ex.) e (c) normativamente densificado com a institucionalização do *three-strikes*²⁰ nos regramentos penais de importantes estados norte-americanos – procura recuperar o prestígio da instituição carcerária a partir do abandono das finalidades tradicionais atribuídas à pena (correção, intimidação ou retribuição). O apelo romântico à resso-

¹⁹ PAVARINI, *El Grottesco de la Penología Contemporánea*, p. 264. No mesmo sentido, PAVARINI, *Processi di Ri-Carcerizzazione e 'Nuove' Teorie Giustificative della Pena*, pp. 95-124; PAVARINI, *La Pena 'Utile', la sua Crisi e il Disincanto: verso una pena senza scopo*, pp. 279-309; PAVARINI e GIAMBERARDINO, *Teoria da Pena e Execução Penal*, pp. 37-56.

²⁰ As *Three-Strikes Laws* foram adotadas nos Estados Unidos ao longo da década de 1990 e um dos primeiros estados foi Washington (1993). Trata-se da transposição de uma conhecida regra do *baseball*: se a pessoa for condenada por três crimes graves receberá pena de prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional (*parole*).

Em 1994, a *Three-Strikes Law* foi aprovada na Califórnia e, em 1997, vinte e quatro estados norte-americanos possuíam leis desta natureza. Na maioria dos casos, a regra se aplicava em casos de delitos graves como homicídio, estupro e roubo com emprego de arma de fogo. No entanto, em alguns estados foram incluídos delitos não violentos, como comércio de entorpecentes. Na Califórnia a regra da gravidade do delito se aplica apenas aos dois primeiros delitos, sendo o terceiro *strike* aplicável para qualquer ilícito, grave ou não. Conforme descrevem Blomberg e Lucken, nos primeiros seis meses que se seguiram à publicação da lei californiana, mais da metade dos casos de *three-strikes* envolviam delitos de pequeno potencial ofensivo como cheques desprovidos de fundos e furtos de automóveis, de cigarros, de produtos em lojas e, no caso mais contrastante, o furto de uma pizza (BLOMBERG e LUCKEN, *American Penology*, pp. 215-216).

cialização é renunciado em favor da ideia de controle e de gestão dos riscos gerados por determinadas pessoas ou certos coletivos.

Garland, ao analisar os modelos gerencialistas, percebe a existência de um complexo teórico, que designa como *teorias de transformação*, que altera a perspectiva punitiva ao modificar os fundamentos do discurso criminológico em seus aspectos mais significativos, quais sejam, as funções da pena e a imagem do homem criminoso. Segundo Garland, “*uma das características desta nova penologia é que o discurso criminológico torna-se mais estatístico, mais atuarial, inclusive mais preocupado em agregar grupos e populações, reduzindo o interesse no indivíduo como caso clínico*”²¹. A diminuição ou o abandono da preocupação com a ressocialização por meio do tratamento penal decorre da substituição da concepção do agir criminoso. Se no correcionalismo o homem delinquente era caracterizado por uma *patologia individual*, as teorias atuariais sustentarão ser a sua conduta regida por uma *lógica econômica* na qual se estabelece um *cálculo racional* entre o ônus da pena e o bônus do crime.

Com a publicação dos trabalhos de James Q. Wilson, nos Estados Unidos, e Ron Clarke, na Inglaterra, “*(...) a ideia de delinquente mal-adaptado, com carências de socialização (undersocialized) e com tendências criminais, é questionada pela concepção de criminoso como autor de cálculo racional*”²². Em oposição à perspectiva correcionalista na qual o autor do delito deveria ser integrado por meio de um programa de reabilitação, o delinquente passa a ser considerado “*(...) para fins políticos, como um agente racional que responde a estímulos e desestímulos, de forma a aproveitar ou abandonar as oportunidades conforme a perspectiva de dissuasão ou de prevenção existentes*”²³.

A intensidade da punição nas teorias gerencialistas do cálculo racional é vinculada, portanto, ao menor ou maior nível de *dissuasão* que a pena provocará no infrator. Em decorrência de o agir delitivo importar em uma análise utilitária própria da lógica economicista, a pena deve necessariamente ser apresentada aos grupos criminosos como uma desvantagem. Em uma avaliação objetiva entre custos e benefícios, a vantagem do produto do crime representa o bônus a ser eliminado pelo ônus da possibilidade da pena²⁴.

²¹ GARLAND, *Penal Modernism and Postmodernism*, p. 55.

²² GARLAND, *Penal Modernism and Postmodernism*, p. 55.

²³ GARLAND, *Penal Modernism and Postmodernism*, p. 55.

²⁴ Interessante perceber a lógica utilitarista que informa o pensamento atuarial. Bentham (1748-1832), ao tratar do fim das penas, sustenta que “*todo homem se governa nas suas ações*

O criminoso
“cujas atitudes não
obstaculizado. Nes
situacional’ – estão
além de sua capaci

Sustenta Já
sociólogos que a
acadêmicos, prin
entende ser possí
minosos da mesm
teiros ou compr
comum estaria se
que as pessoas re
– “as pessoas cond
de todo o tipo”²⁷.
percebem as pos
de prisão, em c
“quando a pena s

por um cálculo bem c
vai ser a consequênci
retirar o prazer. Se o
é natural que a força
formava no seu pen
Políticos, p. 23).

²⁵ GARLAND, T

²⁶ Embora Wilson
médio” (senso con
verificar, nas liçõ
compreendida co
ciologia econômi
da punição e do
elementos essenciai
e na ênfase do enca
dade do Estado pro
de delitos em detri
populares em relaçã
meio às políticas d

²⁷ WILSON, O

²⁸ WILSON, O

O criminoso atuaria sob a lógica de um consumidor oportunista, “cujas atitudes não podem ser modificadas, mas cujo acesso a bens sociais pode ser obstaculizado. Neste tipo de delinquente – algumas vezes definido como ‘homem situacional’ – estão ausentes limites morais ou quaisquer controles internos efetivos, além de sua capacidade de cálculo racional e da vontade de obter prazer”²⁵.

Sustenta James Q. Wilson que, diferentemente da maior parte dos sociólogos que analisam o problema do crime e do controle social, alguns acadêmicos, principalmente economistas, comungam da visão popular que entende ser possível compreender como as pessoas se transformam em criminosos da mesma forma como é possível explicar como se tornam carpinteiros ou compram um carro²⁶. A hipótese compartilhada com o senso comum estaria sedimentada em uma teoria da natureza humana que entende que as pessoas reagem a partir de uma estimativa entre custos e benefícios – “as pessoas conduzem suas vidas a partir de eleições de recompensas e de penalidades de todo o tipo”²⁷. No caso do agir delitivo, os criminosos atuariam conforme percebem as possibilidades de imposição da penalidade. A alta probabilidade de prisão, em consequência, diminuiria as taxas de criminalidade, pois “quando a pena se torna mais provável, o crime se torna menos comum”²⁸.

por um cálculo bem ou mal feito, sobre prazeres e penas (...), lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência de uma ação que lhe agrada, esta ideia faz um certo abalo em seu espírito para retirar o prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força que o afasta do crime venha por fim vencer, e que não tenha lugar o desatino que formava no seu pensamento” (BENTHAM, *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*, p. 23).

²⁵ GARLAND, *The Culture of Control*, p. 129.

²⁶ Embora Wilson, ao vincular sua ideia de cálculo racional ao pensamento do “homem médio” (senso comum), indique que seu modelo é isento de influências teóricas, é possível verificar, nas lições de Michelle Brown, que esta criminologia gerencialista pode ser compreendida como uma convergência de várias escolas de pensamento, incluindo a sociologia econômica, os estudos atuariais, a literatura sobre governabilidade e a sociologia da punição e do risco, indicando uma espécie de sintoma da contemporaneidade: “os elementos essenciais desta ‘nova’ penologia, centrada no gerencialismo correcional, na justiça atuarial e na ênfase do encarceramento, emergem no contexto dos impasses da modernidade tardia: a inabilidade do Estado prover o efetivo controle do delito, o crescimento na percepção do aumento das taxas de delitos em detrimento da aparente fragilidade da punição, o endurecimento dos posicionamentos populares em relação aos criminosos e a emergência de um vasto complexo de indústria prisional em meio às políticas de lei e ordem” (BROWN, *The New Penology in a Critical Context*, p. 105).

²⁷ WILSON, *On Deterrence*, p. 336.

²⁸ WILSON, *On Deterrence*, p. 337.

A equação entre os custos da pena e os benefícios do crime, isto é, a análise dos riscos da punição, converte-se na premissa fundante da teoria do cálculo racional e é consolidada como uma fórmula palpável de alta demonstrabilidade estatística. No entanto, destaca Wilson que a fórmula que orienta a economia do delito não seria aplicável em alguns casos excepcionais como, p. ex., no das personalidades patológicas, visto não possuírem freios inibitórios²⁹.

Os efeitos desta nova forma peculiar de conceber a prevenção geral negativa (dissuasão) são, evidentemente, o aumento das penas em abstrato e o acréscimo dos índices de encarceramento em concreto. Ao estabelecer uma relação de simetria entre crime e pena, aliando fenômenos de naturezas distintas³⁰, qualquer elevação nos índices de delito provoca, como resposta natural e necessária, o aumento da quantidade e a substancialização das formas de punir. Paradigmática, neste aspecto, a experiência de densificação do punitivismo norte-americano com revitalização da pena de morte e da prisão perpétua, mormente nos Estados que adotaram a política do *three-strikes*.

²⁹ WILSON, *On Deterrence*, p. 338.

³⁰ A literatura criminológica, não apenas de orientação crítica, tem demonstrado com muita propriedade serem distintos os fenômenos pena e crime, sobretudo o fato de inexistir relação de causalidade entre nível de encarceramento e número de delitos. Nota-se que “*historicamente não há significativa correlação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento – esta é uma das mais significativas contribuições da penologia para nossa compreensão do fenômeno punição*”, conclui Michelle Brown (BROWN, *The New Penology in a Critical Context*, p. 102). No mesmo sentido, Larrauri afirma que “*o fato de que o aumento da prisão não se produza de forma correlacionada com os índices de delitos é uma conclusão majoritariamente aceita por toda a literatura criminológica, seja qual for sua orientação ideológica*” (LARRAURI, *La Economía Política del Castigo*, p. 4).

Assim, diferentes sociedades apresentam fenômenos próprios como (a) altas taxas de encarceramento e expressivo índice de criminalidade; (b) elevada taxa de encarceramento e baixo índice de criminalidade; (c) baixo nível de prisionalização e expressivo número de delitos; ou (d) reduzidas taxas de encarceramento e reduzido nível de delito.

Especificamente sobre a relação entre crime e encarceramento nos Estados Unidos, conferir BROWN, *The New Penology in a Critical Context*, p. 101-103, e WACQUANT, *O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza*, pp. 9-19. Sobre o tema no contexto da Europa continental, conferir LARRAURI, *La Economía Política del Castigo*, pp. 1-22. No Brasil, CARVALHO, *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, pp. 15-25.

4.3.3. A tó
apenas gera um n
da pena como me
venção geral neg
novas abordagens

Em paralel
fórmula de custo
gerencialistas am
tido de identific
criminosos profi
pessoas que prat
neutralizar coletiv
pública. Opera-
sidade individual

A pena cr
seus propósitos
Ashworth – os d
direitos dos ofenso
tação das pess
elevados de con

As novas
nais que propu
sistemas dogmá
litária eminent
ao longo do séc
tiva (qualitativ
tando a pena e
estatísticos e p
coletivos) de r
indesejadas.

Feeley e
objetivo princ

³¹ Neste aspecto
quetamento, ma
criminais deixor
concentrar-se n

³² ASHWORTH

4.3.3. A tônica economicista dos discursos do cálculo racional não apenas gera um novo idealismo fundamentalista em relação à capacidade de prevenção geral negativa, como desdobra, em termos político-criminais, novas abordagens criminológicas sobre o fenômeno da criminalidade³¹.

Em paralelo à concepção de *indivíduo* racional que se utiliza de uma fórmula de custo e benefício para realizar o ilícito, os novos discursos gerencialistas ampliam e recriam instrumentos de controle social no sentido de identificar *grupos de risco* formados por potenciais infratores ou criminosos profissionais. Ao invés de atomizar a aplicação da pena nas pessoas que praticam crimes, as políticas atuariais procuram *reconhecer e neutralizar coletivos desordeiros* que ameaçam a estabilidade e a segurança pública. Opera-se, inegavelmente, uma redefinição da ideia de periculosidade individual para a de periculosidade coletiva.

A pena criminal, neste sentido, além de estar justificada devido aos seus propósitos de prevenção de novos delitos – “*nestes casos – expõe Ashworth – os direitos das vítimas em potencial ganham preferência em relação aos direitos dos ofensores*”³² –, é visualizada como um instrumento de **incapacitação das pessoas ou dos grupos perigosos** que, ao apresentarem riscos elevados de cometimento de crimes, justificariam a restrição da liberdade.

As novas doutrinas da pena, diferentemente dos discursos tradicionais que propugnavam fins e funções em harmonia (coerência) com os sistemas dogmáticos de direito penal, operam a partir de uma lógica utilitária eminentemente política. E, distanciando-se do modelo que vigorou ao longo do século XX (correcionalismo), anulam a preocupação substantiva (qualitativa) com o indivíduo responsável pelo ato criminoso, projetando a pena em termos quantitativos, ou seja, a partir dos resultados estatísticos e probabilísticos que permitem identificar atores (individuais e coletivos) de risco e agir profilaticamente para incapacitar suas atividades indesejadas.

Feeley e Simon sustentam que esta nova penologia emerge com o objetivo principal de inovar nas técnicas de identificação das subpopulações,

³¹ Neste aspecto não é demasiado lembrar que desde o advento da criminologia do etiquetamento, mas, sobretudo após a criminologia crítica, o enfoque do estudo das ciências criminais deixou de ser a *criminalidade*, como um atributo individual do sujeito, para concentrar-se nos processos de *criminalização*.

³² ASHWORTH, *Sentencing*, p. 995.

definindo grupos-alvo, não apenas indivíduos³³. Michelle Brown sustenta que este foco das teorias gerencialistas nas coletividades desordeiras ou nos grupos problemáticos retoma uma categoria-chave dos processos de criminalização denunciada pela criminologia radical (criminologia marxista) que é a de *classes perigosas*³⁴.

Em um modelo regido pela lógica gerencialista, o mapeamento das zonas e dos grupos de risco e o cumprimento de metas político-criminais que invariavelmente resultam em encarceramento são os indicadores da eficiência das políticas de controle. O princípio da eficiência determina os níveis de variação das taxas de *performance* institucionais e, sobretudo, o custo de efetivação das políticas, pois a racionalidade sistêmica exige o maior controle da criminalidade com o menor ônus econômico. A ineficiência no cumprimento das metas, dependendo do nível de aceitabilidade, é projetada como tolerabilidade sistêmica.

Neste cenário são incorporados novos instrumentos e novas técnicas de vigilância na administração do sistema penal, de forma a aumentar a *performance* de gestão, com a conseqüente ampliação do controle das pessoas e dos grupos de risco. Assim, os projetos de automação são inseridos desde a administração dos espaços de encarceramento à gestão da segurança pública. Se no projeto *penal-welfare* o ideal de ressocialização dependia da interação entre o condenado e o responsável pelo tratamento penal (psicólogo, pedagogo ou assistente social), na lógica gerencialista o ser humano é substituído por câmeras de vigilância, monitoramento eletrônico, exames toxicológicos, tomografias computadorizadas, entre outros.

Conforme destacam Feeley e Simon, estas inovações no campo do controle punitivo provocam a expansão das sanções penais e a inversão na lógica punitiva, sobretudo no que tange à avaliação dos níveis de reincidência. No antigo modelo correcional, “se as altas taxas de retorno à prisão durante o cumprimento da liberdade condicional indicavam falhas no programa; agora fornecem indicadores de eficiência e efetividade da liberdade condicional como aparelho de controle”³⁵.

³³ FEELEY e SIMON, *The New Penology*, pp. 434-435.

³⁴ BROWN, *The New Penology in a Critical Context*, p. 107. Conferir, igualmente, BROWN, *The Culture of Punishment*, pp. 35-37.

³⁵ FEELEY e SIMON, *The New Penology*, p. 436.

4.3.4. N
e de neutraliza
têmicas. Este
discurso político
ficação terrori
-se a formulaçã
Fundada em u
te que sobrepo
entendida com
público em un
e incondicion
ampliação (fin
risco pode ser
criminosas é leg

Segund
aos cidadãos
estes integran
resguardados
(princípios li
aquele indivi
oferece garan
gência das nor
resposta desa
tabilidade da

Susten
expectativa de
na qual] *dim*
circunstânci
te um mínim
personalizaçã

³⁶ Apesar de a p
rir uma tonali
modelos nas e
conferir SILVA
MELIÁ, *Derec*

³⁷ FERRAJON

³⁸ JAKOBS, D

4.3.4. Nos países romano-germânicos, os discursos de incapacitação e de neutralização serão radicalizados pelas **teorias funcionalistas-sistêmicas**. Este modelo penológico é projetado inicialmente como um discurso político-criminal direcionado aos grupos dissidentes com identificação terrorista. Dentre as principais construções doutrinárias encontra-se a formulação de Günther Jakobs sobre o **direito penal do inimigo**³⁶. Fundada em uma racionalidade inquisitória de alta intensidade beligerante que sobrepõe a razão de Estado ao Estado de direito – razão de Estado entendida como um princípio normativo da política que transforma o ente público em um bem autônomo e próprio de tutela, cujo objetivo primário e incondicionado da ação governamental (meio) é a sua conservação e ampliação (fim)³⁷ –, a proposta punitiva de neutralização dos grupos de risco pode ser resumida na máxima de que *contra o terror das organizações criminosas é legítimo o terrorismo de Estado*.

Segundo Jakobs, o direito penal de garantias seria aplicável apenas aos cidadãos que praticaram acidental ou esporadicamente crimes. Para estes integrantes do pacto social envolvidos em práticas delitivas estariam resguardados todos os direitos e as garantias inerentes ao Estado de direito (princípios liberais da modernidade). O cidadão, nesta perspectiva, seria aquele indivíduo que, mesmo tendo cometido um erro (crime), ainda oferece *garantias cognitivas* de comportamentos idôneos para garantir a *vi-gência das normas*. Contra os cidadãos infratores a pena representaria uma resposta desautorizadora do fato, restabelecendo a confiança social na estabilidade da lei penal.

Sustenta Jakobs, porém, ser possível identificar casos em “(...) *que a expectativa de um comportamento pessoal é reduzida de forma duradoura [ocasião na qual] diminuem as possibilidades de tratar o delincente como pessoa*”³⁸. Nas circunstâncias de rompimento com as expectativas sociais, quando inexistente um mínimo de garantia cognitiva sobre as condutas, seria lícita a despersonalização do desviante com a conseqüente exclusão do *status* político

³⁶ Apesar de a proposição de Silva Sánchez sobre a expansão da intervenção penal adquirir uma tonalidade descritiva, é possível perceber importantes aproximações entre os modelos nas estratégias político-criminais apresentadas pelos autores. Neste sentido, conferir SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, pp. 161-167 e CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo*, pp. 37-43.

³⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, pp. 846-850.

³⁸ JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 38.

da cidadania. Sendo o direito penal de garantias privilégio exclusivo dos integrantes do pacto social, àqueles que se negam a participar do contrato ou pretendem destruí-lo seria incabível o qualificativo de pessoa, resultando a legítima destituição dos seus direitos fundamentais³⁹.

A partir de uma classificação binária, o corpo social é cindido politicamente em pessoas e não pessoas, situação que proporciona a elaboração de dois modelos distintos de intervenção punitiva: o *direito penal do cidadão* e o *direito penal do inimigo*. Assim, as funções das agências repressivas e da pena são redefinidas, pois “o *Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos (...)*”⁴⁰; “no *Direito penal do cidadão a função manifesta da pena é a contradição, no Direito penal do inimigo a eliminação do perigo*”⁴¹.

4.3.5. Todavia, como é próprio das construções teóricas e das políticas autoritárias, o discurso que instrumentaliza suas práticas é altamente volátil⁴², fator que produz um alargamento das fronteiras de possibilidade de incidência repressiva. Desta forma, natural que a categoria *inimigo* que

³⁹ Conforme Jakobs, “*quem não apresenta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não apenas não pode esperar ser tratado como pessoa, como o Estado não deve tratá-lo como pessoa, pois, do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas*” (JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 47).

A atuação do direito penal contra os *inimigos* se justifica pelas premissas da legítima defesa: “*quem por princípio se move de modo desviante não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra se coloca como um direito legítimo dos cidadãos, no seu direito à segurança; e diferentemente da pena, igualmente não existem Direitos àquele que é condenado; pelo contrário, o inimigo é excluído*” (JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, pp. 55-56).

⁴⁰ JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 33.

⁴¹ JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 55.

⁴² Do ponto de vista dogmático, é importante perceber a categoria *terrorismo* como um tipo político-criminal aberto, ou seja, como um elemento conceitual indefinido, semanticamente lacunoso e sem qualquer precisão de suas características configuradoras. Neste sentido, lembram Riquert e Palacios que “*entre estas expressões que dificultam uma total hegemonia – se algo assim fosse possível – poderíamos incluir o que os centros de poder chamam ‘terrorismo’ e que é tão difuso e indefinido que devemos colocar entre aspas (...)*” (RIQUERT e PALACIOS, *El Derecho Penal del Enemigo o las Excepciones Permanentes*, p. 3).

Sobre os problemas conceituais do terrorismo, conferir D’ÁVILA et al., *Criminal Law as a Counterterrorism Tool*, pp. 531-563.

identifica o
lidades de cr
como terror
às garantias

Os pr
nalização. A
sustenta que
tos diretame
sonalização
possibilidade
dogmática p
gurança públ
venção pena
nição), just
imposição d

Nest
Jakobs, ao a
meros casos
legislador (p
legislação –
to da crimina
dos ‘delitos
combatem, en
no caso dos
nalidade eco
formas de cri
(no caso de
delinquir, §
do Direito,
tratado como
se caracteriz
de natureza
ro plano de
de um perig
A in
grupos per

⁴³ JAKOBS,

identifica o objeto de intervenção seja flexibilizada, ampliando as possibilidades de criminalização para além dos grupos primeiramente rotulados como terroristas, atingindo todos os coletivos que apresentem algum risco às garantias cognitivas de manutenção da vigência das normas.

Os principais indicadores de risco seriam a *habitualidade* e a *profissionalização*. A partir destes sinais indicadores do estado de perigo, Jakobs sustenta que a intervenção penal belicista não deve estar restrita aos sujeitos diretamente vinculados aos grupos terroristas, sendo legítima a despersonalização de todos os indivíduos ou grupos cujas atitudes demonstrem possibilidade de reiteração criminosa (periculosidade social). Os efeitos na dogmática penal são evidentes: a probabilidade de dano à ordem ou à segurança pública (*nomem juris* do 'bem jurídico' Estado) autoriza a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta (antecipação da punição), justificando a supressão das garantias processuais do acusado e a imposição de sanções rígidas de caráter inabilitador.

Neste cenário de obscurecimento dos limites de intervenção penal, Jakobs, ao avaliar os fenômenos delitivos contemporâneos, visualiza inúmeros casos de justificada aplicação do direito penal do inimigo: "(...) o legislador (para ficar primeiro no âmbito do direito material) está construindo uma legislação — denominada abertamente deste modo — de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso dos 'delitos sexuais e outras infrações perigosas', assim como, em geral, pretende combater, em cada um destes casos, indivíduos que nas suas atitudes (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas tóxicas e outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação em organizações (no caso de terrorismo, da criminalidade organizada, inclusive na conspiração para delinquir, § 30 StGB), se distanciaram de forma duradoura, de maneira decidida, do Direito, ou seja, não fornecem garantia cognitiva mínima necessária para ser tratado como pessoa. A reação do ordenamento jurídico frente a esta criminalidade se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado civil e estado de natureza citada anteriormente, pela circunstância de que não se trata em primeiro plano de uma compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo (...)"⁴³.

A inevitável ampliação do rótulo de inimigo, agregando ao rol dos grupos perigosos outros coletivos de risco, possibilita condições altamente

⁴³ JAKOBS, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, pp. 38-40.

favoráveis para expansão das malhas de punitividade e a inevitável e radical ruptura com os sistemas normativos que garantem os direitos fundamentais. Neste modelo, a categoria **periculosidade (individual ou social)** readquire fundamental importância, visto ser o conceito que possibilitará agregar sob o mesmo estilo repressivo condutas de natureza absolutamente diversa como o terrorismo, o comércio de drogas ilícitas, a imigração ilegal, o tráfico de pessoas, os crimes econômicos, entre outros.

As doutrinas penais autoritárias de corte funcionalista-sistêmico, ao propugnarem pela reafirmação da validade da lei penal por meio da neutralização ou da incapacitação do (grupo) delinquente, *concretizam* as teorias de prevenção geral positiva apresentadas por Durkheim. Contudo, conforme destaca Ferrajoli, na teoria sociológica do desvio de Durkheim havia apenas uma *descrição* da punição como um fator de estabilização social e de reafirmação dos sentimentos coletivos, o que propiciaria coesão ao corpo social. Durkheim não pretendia oferecer uma *justificação* à punição, apenas uma *explicação* sobre os efeitos das práticas punitivas. Ao contrário, na formulação de Jakobs, o modelo belicista converte-se em uma ideologia de legitimação apriorística do direito penal e da pena.

Em consequência, assinala Ferrajoli, “*ao reduzir o indivíduo a um ‘subsistema físico-psíquico’, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, tal doutrina é acompanhada inevitavelmente de modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa*”⁴⁴. No mesmo sentido Baratta sustenta que “*a teoria da prevenção-integração é funcional em relação ao atual movimento de expansão do sistema penal e de incremento, tanto em extensão como em intensidade, da resposta penal*”⁴⁵.

Os discursos criminológicos de dissuasão (cálculo racional), incapacitação (gerencialismo atuarial) e neutralização (funcionalismo-sistêmico), embora sejam repetitivos e ambíguos em termos teóricos, concentram-se pragmaticamente na redução da ideia de controle social aos instrumentos de segurança pública. A política criminal é convertida em uma função instrumental de identificação dos riscos sociais; a pena é potencializada como ferramenta de neutralização ou eliminação dos dissidentes. Neste cenário, a razão de Estado (racionalidade punitiva) justifica qualquer ruptura com os limites de intervenção, pois os direitos e as garantias funda-

⁴⁴ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 264.

⁴⁵ BARATTA, *Integración-Prevención*, p. 15.

mentais são pe
dade (eficiênc

4.4. Teoria

4.4.1. C
capacitação e
punitiva nas
do punitivis
e ordem e de
altos índices

Nas c
foi, em gran
constitucior
ilustrada da
de optar po
tura emi
nistas. Cor
o objetivo

Os t
desde a pe
que não de
Beccaria a
homens liv
minorias, o
servador da
com este ú
delito é r
mal-estab

A
tismo po
mitigaçã
li adicio
a felicida

⁴⁶ BECC

mentais são percebidos exclusivamente como óbices ou estorvos à efetividade (eficiência) repressiva.

4.4. Teoria Garantista da Pena: Fundamentos e Crítica

4.4.1. Os discursos neoconservadores de retribuição, dissuasão, incapacitação e neutralização moldaram as teorias de máxima intervenção punitiva nas últimas décadas. Em termos político-criminais, as narrativas do punitivismo foram consumidas e proliferadas pelos movimentos de lei e ordem e de tolerância zero, cujos efeitos, na atualidade, são refletidos nos altos índices de encarceramento mundiais.

Nas ciências criminais nos países latinos, a resistência ao punitivismo foi, em grande medida, proporcionada pelas **teorias garantistas** de base constitucional. Se a teoria do justo merecimento recupera a fundamentação ilustrada da pena, mas traz consigo germens autoritários em decorrência de optar por uma justificativa autorreferencial; a teoria garantista, de natureza eminentemente normativa, igualmente retoma argumentos iluministas. Contudo, redimensiona o sentido liberal das teorias relativas com o objetivo central de *limitação do poder punitivo*.

Os tradicionais modelos do iluminismo penal justificaram a pena desde a perspectiva utilitarista da garantia da *'máxima felicidade possível aos que não delinquem'*. Na introdução do manifesto *Dos Delitos e das Penas*, Beccaria afirma que *"as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria"*⁴⁶. A imagem do delito é representada como a ação de uma minoria desviante que impõe mal-estar à maioria não delinquente.

A partir de uma releitura do aforismo ilustrado, a teoria do garantismo postula um *utilitarismo reformado* que se projeta como modelo de mitigação e de controle das penas. À premissa utilitarista clássica Ferrajoli adiciona um segundo aforisma, não relacionado ao objetivo de garantir a felicidade das pessoas que não cometem crimes, mas voltado à defesa dos

⁴⁶ BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, p. 26.

direitos dos indivíduos que violaram as leis, isto é, os destinatários da pena. A máxima do utilitarismo reformado é centralizada na perspectiva de redução quantitativa e qualitativa da dor imposta pela pena aos que cometeram crimes. Desta forma, a teoria garantista da pena é exposta na expressão “*máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante*”.

A segunda parte do postulado normativo garantista delineia um modelo minimalista de redução da incidência do direito penal por meio do máximo controle possível da quantidade e da qualidade das penas, rompendo, portanto, com a tradição dos discursos relativos de legitimação que direcionam as sanções exclusivamente à prevenção de novos delitos, seja pela intervenção individual (prevenção especial positiva), seja pela coletiva (prevenção geral negativa).

4.4.2. Conforme demonstrado anteriormente, para Ferrajoli um dos grandes problemas do *por que castigar?* estaria radicado na confusão entre funções, motivações e finalidades da pena, por meio da substituição de argumentos *explicativos* por teses *justificativas*. A pergunta *por que punir?* teria dois significados diversos: o sentido científico de indagação e o problema filosófico da existência da pena.

As dificuldades decorrentes das teorias absolutas e das teorias relativas estariam centradas nesta confusão metodológica entre *função* (descrição histórica ou sociológica) ou *motivação* (descrição jurídica) com o *dever ser axiológico* da pena, ou seja, a tomada da explicação como justificativa e vice-versa: “*é deste modo que falamos, sobre os objetivos da pena, de ‘teorias absolutas’ ou ‘relativas’, de ‘teorias retributivistas’ ou ‘utilitaristas’, de ‘teorias da prevenção geral’ ou ‘teorias da prevenção especial’, entre outras, sugerindo a ideia de que a pena tem um efeito (aliás, um objetivo) retributivo ou reparador, e que esta previne (em vez de deve prevenir) os crimes, ou que reeduca (em vez de deve reeducar) os apenados, ou que dissuade (em vez de deve dissuadir) a maioria dos propensos a cometer delitos, entre outras*”⁴⁷.

Sustenta Ferrajoli, adotando o pressuposto metodológico da Lei de Hume, que estas doutrinas não se constituíram verdadeiramente como teorias da pena, mas como discursos normativos sobre a sua finalidade ou descrições sobre as suas funções. Portanto, estes discursos seriam incom-

⁴⁷ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 315.

patíveis com a necessidade teórica imposta pela ciência dogmática do direito, pois confundiriam esquemas de explicação com modelos de justificação, em ofensa ao postulado de Hume. Em sentido idêntico afirmariam vícios similares nas doutrinas criminológicas abolicionistas que discutiriam fundamentos valorativos da punição a partir de argumentos e de exposições empíricas, confundindo *dever ser* e *ser* da pena.

Apesar dos problemas que marcam a tradição jurídica de fundamentação das penas em grandes teorias de legitimação, Ferrajoli entende ser possível construir um modelo normativo de controle das violências desde uma perspectiva político-criminal minimalista. O primeiro requisito para a redefinição dos pressupostos de legitimação das sanções pressuporia a aceitação do princípio da secularização, que determina uma rígida separação entre *direito e moral* e *direito e natureza*, de maneira que "*nem o crime seja considerado como um mal em si quia prohibitum, nem a pena seja considerada como um bem em si quia peccatum*"⁴⁸.

O segundo requisito seria expresso na *possibilidade* de a pena atingir suas funções declaradas, o que possibilitaria estabelecer uma relação de simetria entre os *meios* e os *fins*. Neste sentido, Ferrajoli estrutura seu modelo de **utilitarismo reformado** a partir do argumento da pena mínima necessária, concebendo como fim da punição não apenas a prevenção de injustos delitos, mas, principalmente, a prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a sua falta poderia ensejar (injustos castigos).

Desde este ponto de vista, a pena seria apresentada como um instrumento normativo de garantia do direito do infrator em não ser punido senão pelo Estado. Os mecanismos do direito penal não estariam direcionados exclusivamente à tutela social, mas igualmente à proteção da pessoa que infringiu as regras de convívio. A prevenção dos injustos delitos e dos injustos castigos institui a máxima de maior felicidade possível aos não desviantes com o menor sofrimento necessário aos desviantes. Prevenção da violência privada do crime, no momento da ofensa; prevenção da violência pública do Estado ou privada da vítima, no momento da punição.

A teoria garantista da pena agregaria à prevenção geral negativa a perspectiva da sanção como mecanismo de obstaculização da vingança desmedida da vítima ou de forças solidárias, evitando, ao mesmo tempo,

⁴⁸ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 320.

o excesso punitivo do Estado: “garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo; isto é, reduzir ao máximo a previsão dos crimes, o arbítrio dos juízos e o tormento das penas”⁴⁹.

Prevenção dos delitos e prevenção dos castigos conformariam o modelo garantista de direito penal como proteção do mais fraco – vítima no momento do crime, réu no processo e condenado na execução da pena. A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais estaria recuperada nesta dupla função penológica, legitimando a necessidade política da pena como ferramenta normativa de limitação⁵⁰.

4.4.3. Na concepção de Ferrajoli, a **teoria garantista da pena** estaria aliada aos postulados da democracia substancial, exercendo um importante papel contramajoritário de proteção do mais fraco. Garantismo, portanto, “significa precisamente a tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria, é o fim justificante do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, a garantia da sua liberdade através do respeito pela sua verdade”⁵¹.

No modelo garantista, a pena é transformada em um instrumento político-criminal de negação da vingança; em um limite formal ao poder punitivo estatal; um mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua ausência.

Ferrajoli entende que o modelo normativo garantista satisfaz os requisitos para a adequada justificação, mormente no que diz respeito à observância da Lei de Hume. Primeiro, porque ao orientar o direito penal à prevenção geral negativa, excluiria a confusão entre direito e moral, que caracteriza as doutrinas retribucionistas e de prevenção; segundo, porque ao impor um duplo fim à sanção – ‘máximo bem-estar possível aos que não delinquem e o mínimo sofrimento necessário aos desviantes’ – (a) responderia às

⁴⁹ FERRAJOLI, *La Pena in una Società Democratica*, p. 529.

⁵⁰ “É sobre esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos crimes e a prevenção das penas arbitrárias – são conexas entre si: ambas legitimam a ‘necessidade política’ do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais definem normativamente o âmbito e os limites enquanto bens que não se justifica ofender, nem com crimes, nem com punições” (FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, pp. 329-330).

⁵¹ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, p. 330.

⁵² GIMBI

questões por
rísticas por
que reconh
um modelo
nal, e (d)
política res

4.4.4

às penas, e
dade, seu
problema

A pr
tada pelo r
mesmo ap
Isto porqu
sentido de
modelo ga

Ne
prevenção g
te para just
explicativo
outra espéc

A c
para justi
distintas
castigos d
pretenso
punitiva.

Se
los de co
espécie d
diminuid
à preven
pode co
distintas

questões por que proibir e por que castigar, (b) excluiria autojustificações apriorísticas por meio de motivações *a posteriori* baseadas em modelos reduzidos que reconheceriam o caráter aflitivo e coercitivo da pena, (c) propiciaria um modelo de legitimação e de deslegitimação da atuação do sistema penal, e (d) subtrairia os custos do direito penal ante a possível anarquia política resultado da ausência de respostas punitivas (abolicionismo penal).

4.4.4. Apesar do esforço de Ferrajoli para definir um novo sentido às penas, em razão de seguir os esquemas narrativos típicos da modernidade, seu modelo de justificação apresenta, como nas demais teorias, **problemas de ordem normativa e empírica.**

A primeira ordem de questões (normativas ou teóricas) a ser enfrentada pelo modelo garantista é a relativa à retomada do sentido *intimidatório*, mesmo após as substanciais críticas realizadas ao longo do século passado. Isto porque, ao agregar à prevenção geral negativa (coação psicológica) um sentido de tutela do delinquente contra os excessos públicos e privados, o modelo garantista não exclui a perspectiva coativa do seu projeto legitimador.

Neste sentido Gimbernat Ordeig afirma que “apesar de sua crítica à prevenção geral negativa, Ferrajoli, de forma inconsequente, retoma-a posteriormente para justificar a existência do Direito penal, acrescentando, como segundo critério explicativo e racional, essa existência com a qual o Direito penal também preveniria outra espécie de mal [o da anarquia punitiva]”⁵².

A crítica de Ordeig permite verificar que a composição de Ferrajoli para justificar a pena a partir da cisão do modelo relativo em duas formas distintas de prevenção (prevenção dos injustos delitos e prevenção dos castigos desproporcionais) não elide as possibilidades de conversão de um pretense sistema minimalista em um modelo maximalista de intervenção punitiva.

Se uma das críticas apresentadas por Ferrajoli em relação aos modelos de coação seria a tendência de o sistema penal se converter em uma espécie de *terrorismo punitivo* (Radbruch) – a inoportunidade da percepção da diminuição dos delitos levaria ao gradual aumento das penas –, a associação à prevenção dos injustos castigos à prevenção das penas desproporcionais pode conduzir ao mesmo raciocínio: a experiência social em relação às distintas formas de vingança privada justificaria a expansão da punitivida-

⁵² GIMBERNAT ORDEIG, *Derecho y Razón*, p. 21.

de. Nota-se, assim, que o esforço teórico para construir um modelo isento de críticas, sobretudo no que tange às eventuais violações à Lei de Hume, acaba esbarrando exatamente na sua incapacidade de cumprir as funções declaradas.

Ademais, no que diz respeito à refutação das críticas criminológicas na construção da proposta garantista – independência do modelo normativo em relação à experiência empírica –, entende-se que desprezar a realidade viva de violências inerentes aos sistemas punitivos, cuja consequência se mede no custo de vidas humanas que produz, sobretudo na realidade periférica, é, no mínimo, uma inconsequência teórica.

Conclui Paulo Queiroz que a proposta de Ferrajoli segue a tradição da impossibilidade de averiguação empírica presente nos demais modelos de justificação e que a exclusão da vingança privada e a autolimitação das agências no exercício do poder punitivo configuram-se como uma falsa promessa⁵³. Lembra os argumentos de Zaffaroni acerca da seletividade inata do direito penal para demonstrar os equívocos da narrativa: “o argumento iluminista da necessidade do sistema penal para prevenir a vingança pública ou privada jamais se confirmou, pois no plano real ou social a experiência indicaria que já parece estar bem demonstrada a desnecessidade do exercício do poder do sistema penal para evitar a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua em reduzidíssimo número de casos e a imensa maioria de crimes impunes não generaliza vinganças ilimitadas. Ademais, na América Latina foram cometidos cruéis genocídios que ficaram praticamente impunes, sem que tenham ocorrido episódios de vingança massiva”⁵⁴.

⁵³ QUEIROZ, A Justificativa do D. . .

6 – TEORIA AGNÓSTICA (OU NEGATIVA) DA PENA: PRESSUPOSTOS, PRINCÍPIOS E TELEOLOGIA

6.1. Fins no Direito Penal e Pressupostos da Teoria Agnóstica

6.1.1. A construção, o desenvolvimento e a consolidação da dogmática como estatuto científico da ciência jurídica ocorrem a partir da projeção de finalidades ao direito. Os fins atribuídos ao direito delimitam, pois, os horizontes da sua ciência (dogmática jurídica). A projeção aos fins é o pressuposto que caracterizará a ciência jurídica moderna como eminentemente instrumental (racionalidade instrumental). Definido o objetivo a ser alcançado, a estrutura e os institutos (meios) do sistema são desenhados a partir de uma perspectiva, e qualquer falha (lacuna) ou conflito interno (contradição) deverão ser necessariamente resolvidos a partir da expectativa de melhor adequação ao ideal fundante (fim).

A **finalidade do direito** constitui-se, portanto, como o princípio unificador ou o motivo conceitual do sistema. Neste aspecto são precisas as lições de Jacinto Coutinho no que tange à relevância das finalidades na composição dos sistemas (jurídicos): “os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma ideia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”¹.

Em Ihering, sobretudo com a publicação de *O Fim no Direito* (1877), é inaugurada a fase dogmática do pensamento jurídico, com a afirmação do direito como uma ciência instrumentalmente projetada (direcionada

¹ COUTINHO, *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*, p. 165 (grifou-se).

aos fins). Segundo o autor, o direito existe para e em razão dos fins, ou seja, “o Direito não é mais do que uma criação única do fim (...). O homem que pensa, que medita, encontrará sempre, no terreno do Direito, o fim de cada uma das suas instituições. A investigação deste fim constitui o objetivo mais elevado da ciência jurídica, tanto do ponto de vista da dogmática do Direito, quanto da sua história”.

Sob esta orientação imposta na matriz da teoria geral, aos campos específicos do direito resta apenas o processo de adequação, ou seja, moldar e direcionar as ferramentas de acordo com uma teleologia específica. Na esfera criminal, as finalidades que orientam a aplicação do direito inexoravelmente serão propostas a partir da pena, sobretudo em razão de a sanção criminal estar consolidada historicamente como a categoria de diferenciação do direito penal dos demais ramos. Segundo Rivacoba y Rivacoba, “quaisquer que sejam os fins a que se propõe o Direito punitivo, devem ser propostos e perseguidos através da pena, ou, colocado com maior precisão, através dos fins da pena; devem ser os fins da pena, os que esta se proponha ou persiga”. A pena não representa apenas o instrumento mais radical e potente do direito penal; é aquele que o caracteriza como espécie do gênero direito.

Apesar de ser um fenômeno distinto do delito, a pena constitui-se na modernidade como a única resposta jurídica possível em face do reconhecimento da existência do crime. Assim, seja na órbita normativa ou na esfera empírica, a pena criminal apresenta forma e conteúdo distintos das sanções aplicáveis aos ilícitos extrapenais.

O papel desempenhado por Ihering na constituição da dogmática como ciência do direito voltada aos fins será realizado, no âmbito criminal, por Franz von Liszt, sobretudo a partir da publicação de *A Ideia de Fim em Direito Penal* (1883)⁴. Conforme sustenta o autor, a experiência histórica

² Apud RIVACOBAY RIVACOBAY, *Función y Aplicación de la Pena*, p. 9.

³ RIVACOBAY RIVACOBAY, *Función y Aplicación de la Pena*, p. 9.

⁴ Liszt é explícito ao aderir à proposição de Ihering: “na mesma relação – explica Liszt ao tratar da pena (primitiva) como ação instintiva de caráter social – se encontra a pena no Direito. No Direito existe a ideia de adequação ao fim; constitui a essência do Direito. Este é o pensamento básico da concepção de Ihering. Mas a ação instintiva é conceitualmente independente da ideia de adequação ao fim que lhe precedeu. Do exposto não cabe deduzir a incompatibilidade da minha concepção de pena com a ideia de Ihering, de adequação a fim; ao contrário, aquela obtém através desta uma nova aclaração e confirmação e vice-versa. Como afirma Ihering, a experiência é a fonte, tanto do Direito quanto da moral. A pena primitiva, no entanto, fica antes de toda a experiência; não apenas antes da moral, como também antes do Direito. Apenas em um grau mais alto

dos sistemas
cujo efeito
nos seus pr
dência (sist
punitiva se
ção do
ção jurídic
sistema co
efetivada
partir da c

Por
penológico
ra parte d
dogmátic
ção é den
taliza a
objetivo

de evolução

assume a i

⁵ LISZT,

⁶ “A ideia

Nossa con

to, a pena

mundo do

⁷ “Correç

possíveis f

Penal, p.

A pa

mente à

écie de

lito” e s

pena”, c

irrecupe

Par

que nec

cessitam

de Fin e

Sobre a

ferir L

dos sistemas punitivos permite concluir pelo **caráter finalista da pena**, cujo efeito é atribuir à sanção um *objetivo* e uma *medida* que se desenvolvem nos seus pressupostos (delito), no seu conteúdo e no seu âmbito de incidência (sistema de penas). Assim, “*sob o predomínio da ideia de fim, a violência punitiva se converte em Direito penal*”⁵. Ao incorporar como diretriz a adequação do direito penal aos fins, Liszt sustenta a tese da pena como proteção jurídica de bens⁶, situação que permitirá projetar a construção de um sistema com instrumentos voltados à sua garantia – no modelo de Liszt, a efetividade teleológica (finalidade de tutela de bens jurídicos) ocorre a partir da correção, da intimidação e da neutralização dos delinquentes⁷.

Por suposto, o momento não é o de descrever e analisar as projeções penológicas das obras de Ihering ou de Liszt – inclusive porque na primeira parte do trabalho foi destacada a relevância deste autor na consolidação dogmática do sistema correcionalista. A ideia central desta breve introdução é demonstrar como historicamente **o direito penal se instrumentaliza a partir dos fins da pena**, independentemente de quais sejam os objetivos punitivos perseguidos, apesar do problema apresentado pela

de evolução, como pena objetivada, se assenta na experiência; apenas como pena de Direito (jurídica) assume a ideia de adequação a fim” (LISZT, La Idea de Fin en Derecho Penal, p. 80).

⁵ LISZT, *La Idea de Fin en Derecho Penal*, p. 63.

⁶ “*A ideia de adequação ao fim, que nos conduziu felizmente até aqui, deve seguir sendo nossa guia. Nossa concepção de pena como proteção jurídica de bens exige, inexoravelmente, que, no caso concreto, a pena aplicada (em conteúdo e alcance) seja a necessária para que, através dela, se proteja o mundo dos bens jurídicos*” (LISZT, *La Idea de Fin en Derecho Penal*, p. 106).

⁷ “*Correção, intimidação e neutralização são realmente os possíveis efeitos da pena e com eles as possíveis formas de proteção de bens jurídicos mediante a pena*” (LISZT, *La Idea de Fin en Derecho Penal*, p. 114).

A partir desta constatação, Liszt, aderindo ao positivismo criminológico (especificamente à antropologia criminal), entende necessário que a pena seja adequada a cada espécie de criminoso. Se “*a pena se dirige contra eles [criminosos] e não contra as figuras do delito*” e sendo “*o delinquente o titular dos bens cuja lesão ou destruição constituem a essência da pena*”, os três tipos de pena deveriam corresponder a três categorias de criminosos: os irrecuperáveis, os que precisam de correção e os delinquentes ocasionais.

Para cada tipologia criminosa uma pena individualizada: “*1) correção dos delinquentes que necessitam correção e capazes de serem corrigidos; 2) intimidação dos delinquentes que não necessitam de correção; 3) neutralização dos delinquentes não suscetíveis de correção*” (LISZT, *La Idea de Fin en Derecho Penal*, p. 115). Corrigíveis, ocasionais e irrecuperáveis, respectivamente. Sobre as características de cada grupo delitivo e os efeitos da sanção em cada grupo, conferir LISZT, *La Idea de Fin en Derecho Penal*, pp. 115-126.

criminologia crítica acerca da (in)adequação dos fins sancionatórios à real experiência punitiva.

A exposição anterior sobre as teorias da pena parece ter evidenciado como a adoção de determinada perspectiva não constitui apenas uma expressão de desejo, um ideal ou uma declaração de princípios sugerida no processo político-criminal. É fundamental perceber que por mais (in)adequados ou ingênuos que possam parecer os fins atribuídos ou por mais (ir)realizáveis que sejam os objetivos designados às penas, os instrumentos dogmáticos do direito penal serão naturalmente moldados e adequados a partir destas orientações. Isto porque é ínsita à ideia de finalidade a busca de sua operacionalização por meio de instrumentos (meios).

A compreensão deste vínculo entre os instrumentos dogmáticos (meios) e os fins atribuídos às penas é fundamental para que se possa apresentar argumentos de maior qualidade na desconstrução e reconstrução críticas do discurso jurídico-penal.

Neste aspecto Rivacoba y Rivacoba é preciso ao afirmar que o conceito de *fim* pressupõe, por sua própria índole, o de *meio*⁸. Os fins da pena, independente de quais sejam ou quais possam ser, requerem meios (instrumentos) adequados e oportunos para a sua consecução. Instrumentos que serão manipulados pelos atores do sistema penal nos procedimentos de imputação do delito e de aplicação concreta da sanção; especificamente nas operações (judiciais e executivas) que efetivam a expectativa (ou ameaça) da pena, ou seja, no momento em que transformam a potência (*potentia puniendi*) em exercício ou ato concreto de poder (*potestas puniendi*).

6.1.2. Neste ponto – sobretudo após o extenso debate sobre as tradicionais teorias da pena e os discursos de atualização que tomaram a cena jurídico-penal e criminológica no final do século passado –, a questão que merece ser destacada é a de que é possível apontar nas distintas perspectivas absolutas e relativas (inclusive as híbridas) um ponto de convergência entre as narrativas penológicas: a **finalidade positiva atribuída à pena**. Todos os discursos de justificação, que caracterizam o direito penal dogmático e a criminologia como ciências modernas, exatamente por serem projetos epistemológicos fruto da Ilustração, atribuem *virtudes civilizatórias* à sanção penal e, a partir de expectativas otimistas, projetam instrumentos de

⁸ RIVACOBA Y RIVACOBA, *Función y Aplicación de la Pena*, p. 13.

concretização. Mesmo os discursos de retribuição, que tenderiam a ser os mais céticos em relação à capacidade de a pena produzir efeitos externos, projetam-se desde uma perspectiva positiva de a sanção penal possuir a virtude de reafirmar a ordem jurídica ou de restabelecer a ordem moral violada.

Assim, se a perspectiva que orienta o trabalho é calcada na desconstrução criminológica dos ideais metafísicos atribuídos à pena criminal, necessária a exclusão desta variável de fundamentação positiva que se mantém inalterada nos discursos penológicos da modernidade. E, dentre os discursos penológicos críticos, a teoria agnóstica revela-se como o modelo mais adequado, em termos de sustentação dogmática e em fundamentação criminológica, para interpretar o fenômeno punitivo.

No entanto, como forma de introduzir a estrutura de princípios que orientam a sua instrumentalização dogmática, convém destacar os pressupostos sobre os quais é construída a **teoria agnóstica da pena**, a partir dos elementos fornecidos nas obras de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar.

(a) O *pressuposto primeiro* da teoria agnóstica é o *fundamento político da pena*. As teorias de justificação invariavelmente atribuem um fundamento jurídico para a sanção criminal. Na qualidade de consequência do delito, a *natureza* da pena é afirmada como jurídica. A proposição agnóstica subverte este vínculo naturalizado entre crime e pena e transfere a sanção criminal para o âmbito da *política*, designando-lhe um novo e diverso fundamento. Ao reconhecer a pena como um *instrumento para o exercício do poder punitivo instituído*, o discurso agnóstico nega sua constrição ao jurídico, sobretudo porque esta perspectiva tradicional que aprisiona o fundamento das sanções ao direito (1^o) pressupõe a apoliticidade (neutralidade) do fenômeno punitivo, cujo efeito é o de (2^o) obscurecer a seletividade penal. Portanto, a pena, como um ato de coerção imposto pela agência punitiva, legitima-se e realiza-se no campo da política, e não no do direito.

Desde a proposição agnóstica, 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 harmoniosa 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. A justificação jurídica dos atos de poder, dentre eles a pena criminal, é natural apenas nos

Estados autoritários, nos quais o direito assume a titularidade da função fundamentadora. No entanto, ao incorporar o papel de legitimação, o discurso jurídico cria uma situação na qual o *poder de punir* é confundido ou é afirmado como *direito de punir*, o que, em última análise, significa a redução da razão de direito à razão de Estado.

(b) O *segundo pressuposto* da perspectiva negativa é o de que a sanção criminal, nos Estados democráticos de direito, exerce eminentemente uma *função de controle social*. Como instrumento da política, exercido *nas e pelas* agências punitivas, o sentido inerente à pena é o de presentificação do Estado, isto é, o de demonstração da existência de um poder político constituído com capacidade de concretização por meio de ingerências violentas na sociedade civil. Não por outra razão, sobretudo na filosofia política, o Estado moderno será caracterizado pela detenção do monopólio do exercício legítimo da coação (Weber). A coação, que se constitui fundamentalmente como ato de violência, encontra na pena o mecanismo ótimo de controle dos violadores da ordem social interna. No âmbito das relações internacionais, a coação aos dissidentes é efetivada por meio da guerra (sanção penal internacional).

(c) O *terceiro pressuposto agnóstico*, que deriva fundamentalmente do legado proporcionado pela criminologia crítica na análise desmistificada da experiência punitiva, é o de que a *pena*, na qualidade de instrumento da política, é um *fenômeno incancelável* nas sociedades atuais. Não se trata, logicamente, de negar os avanços prático-teóricos proporcionados pelos discursos abolicionistas. Pelo contrário, a perspectiva agnóstica é nutrida pela crítica abolicionista, sobretudo em razão da sua alta densidade na desconstrução dos mitos legitimantes do sistema penal. Igualmente, 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).

(d) O *quarto pressuposto* da teoria negativa se estabelece como uma consequência do reconhecimento do fundamento político da pena, da função instrumental no controle social e da impossibilidade de cancelar o

fenômeno punitivo
contra os dissidentes
des de cultura pu
gia redutora) em r

Destes qu
atribuída a um r
niendi (poder
tempo em que n
tamente por est
nhece a naturez
violência polític
quaisquer funcõe

A finalida
a pena, mas po
penal consequen
ideológica basta
designadas à pe
entre direito pe
uma relação de
coação política
uma alternativa
jurídicos, não m
negativa da san

O esforç
tanto, ao saber
teoria da pena
da manipulaçã
penal, restring

6.2. Teoria

6.2.1. C
ram as narrati
velmente, un
proposição de
a desconstruç

fenômeno punitivo: a sanção criminal, como um ato político de coação contra os dissidentes, é um fenômeno da realidade, constante em sociedades de cultura punitivista, que necessita urgentemente ser contido (*teleologia redutora*) em razão de sua pulsão violenta (tendência ao excesso).

Destes quatro pressupostos decorre a única finalidade possível de ser atribuída a um modelo agnóstico de pena: a **contração do potestas puniendi (poder punitivo)**. Trata-se, pois, de uma teoria que, ao mesmo tempo em que nega a função de legitimação ou de fundamentação – exatamente por este motivo é adjetivada como *negativa* ou *agnóstica* –, reconhece a natureza política do fenômeno punitivo. E, como expressão da violência política, a pena, na perspectiva agnóstica, é incapaz de cumprir quaisquer funções ou de exercer quaisquer finalidades positivas.

A finalidade almejada pela teoria agnóstica não é realizada *pela* ou *com* a pena, mas por meio dos instrumentos jurídicos de controle (dogmática penal consequente). Trata-se de um evidente equívoco ou de uma opção ideológica bastante clara fundamentar o direito penal a partir das finalidades designadas à pena. No entanto, para efetivação da democracia, a relação entre direito penal e pena deve ser de outra ordem, constituindo-se como uma relação de tensão na qual o direito exerce o papel de limitação da coação política (pena). Neste aspecto, a postura agnóstica apresenta-se como uma alternativa teórica capaz de propor, criar e potencializar instrumentos jurídicos, não necessariamente jurídico-penais, para minimizar a incidência negativa da sanção criminal na sociedade (dogmática redutora).

O esforço de construção do modelo agnóstico é direcionado, portanto, ao saber jurídico. Frise-se, vez mais, que a teoria agnóstica não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva, por meio da manipulação virtuosa das ferramentas jurídicas pelos atores do sistema penal, restringir a *potentia puniendi* (potência punitiva ou punitividade).

6.2. Teoria Agnóstica da Pena: Dogmática Consequente

6.2.1. Os fenômenos de esgotamento e de fragmentação que atingiram as narrativas penológicas no final do século passado provocam, inegavelmente, um sentimento de ceticismo em relação à possibilidade de proposição de novos modelos teóricos de legitimação. Não por outra razão, a desconstrução realizada pela criminologia crítica fomentou inúmeras

correntes abolicionistas que optaram não apenas por abdicar das sanções institucionais, mas, em algumas perspectivas, por superar o próprio sistema punitivo e a linguagem penal⁹.

No entanto, para além da discussão entre abolicionismo e justificacionismo – debate que se projeta fundamentalmente nas esferas criminológica e político-criminal –, um discurso comprometido com a efetividade dos direitos humanos não pode eximir-se dos problemas que emergem no campo do direito penal. A expansão do punitivismo torna urgente a construção de alternativas dogmáticas capazes de impor limites ao *potestas puniendi*. Alternativas que reconheçam a ilegitimidade e a crise das teorias da pena e, ao mesmo tempo, sejam instrumentais na contenção dos excessos punitivos. Desta forma, para modelar um **discurso dogmático reductor**, cabe indagar o tipo de justificação possível desde uma **perspectiva negativa**.

Zaffaroni, em inúmeros momentos da sua obra, questiona a real necessidade (teórica e prática) de adoção de modelos de justificação. O problema da legitimação é direcionado, em primeiro lugar, ao operador do direito, principalmente o juiz. A questão colocada é se o julgador teria condições de tomar decisões sem ter como referência uma doutrina de fundamentação da pena. Posteriormente o problema é deslocado para a academia, de forma a questionar a possibilidade de o professor lecionar sem esquemas de legitimação, sem estruturas teóricas voltadas à racionalização dos procedimentos de imposição das sanções.

Ao resgatar a práxis republicana de Magnaud¹⁰, Zaffaroni sustenta que o magistrado, ao enfrentar os casos que lhe são propostos, pode prescindir de qualquer referência às teorias justificacionistas, notadamente em decorrência da possibilidade de atuar de maneira *razoavelmente intuitiva* no controle das violências com a limitação da coação imposta pelas agências de punitividade. Nesta perspectiva a atuação judicial ganha relevância e adquire respaldo (legitimidade) com a observância dos princípios penais liberais e humanistas positivados nas Constituições democráticas¹¹.

⁹ Sobre as vertentes do abolicionismo, conferir CARVALHO, *Antimanual de Criminologia*, pp. 131-138.

¹⁰ Sobre a atuação do *bom juiz* Magnaud, conferir ZAFFARONI, *Em Busca das Penas Perdidas*, pp. 218-219; Carvalho, *Em Nome do Pai*, pp. XIII-XX; CARVALHO, *O Fenômeno Magnaud*, pp. 177-197.

¹¹ ZAFFARONI, *La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la 'Croce Rossa' Giudiziaria*, p. 391.

O tra
ta teórico: 'p
punir', sem a
condiciona
"como seria p
irracionalis
criminológica
irreversibil
Direito Pena
logia da rea
ensina Frag

Per
tificação d
Se o objeti
do direito
processuai
cação do p
tica jurídi
bretudo o
da pena r
ffaroni. E
na qualid
do juiz, e
os crítéri
da pena p

Di
pelas nar
pelo mag
cabe o re
Não por
os crítéri
bilização

¹² ZAFFA

¹³ FRAGO

Em se
159-170;
DRADE

O trabalho mais complexo, porém, seria o do professor ou do jurista teórico: “como lecionar sem uma ‘teoria da pena’, sem reconhecer o ‘direito de punir’, sem admitir o ‘direito penal subjetivo do Estado’?”. O questionamento é condicionado, porém, a uma indagação anterior de maior complexidade: “como seria possível ao investigador do direito racionalizar uma teoria dos exercícios irracionais do poder após o processo de desvelamento operado pela crítica criminológica?”¹². O problema é colocado em razão do reconhecimento da irreversibilidade das denúncias realizadas pela criminologia crítica – “o Direito Penal do nosso tempo sofreu o impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu à análise o próprio sistema de justiça punitiva”¹³, ensina Fragoso.

Percebe-se, nesta dupla ordem de questões, que o problema da justificação da pena é muito mais de natureza filosófica do que dogmática. Se o objetivo da dogmática jurídica é, por meio das fontes de interpretação do direito, harmonizar o ordenamento de forma a fornecer aos atores processuais parâmetros para o julgamento dos casos, o trabalho de justificação do poder de punir ultrapassa suas fronteiras. Se a função da dogmática jurídico-penal tem como destinatários os operadores do direito, sobretudo o julgador, e não o sistema punitivo, as narrativas legitimadoras da pena realizam uma tarefa evidentemente estéril, conforme indica Zaffaroni. Em outros termos, a legitimidade fornecida pela dogmática penal, na qualidade de estatuto científico do direito penal, é direcionada ao *poder do juiz*, e não ao *poder de punir*, ou seja, a ciência jurídica envolve-se com os critérios de justificação dos atos de decisão, e não com a fundamentação da pena propriamente dita.

Diferentemente do que é sugerido, muitas vezes subliminarmente, pelas narrativas de justificação da pena, o poder punitivo não é exercido pelo magistrado, mas pelos aparatos da burocracia punitiva. Ao julgador cabe o reconhecimento da existência do delito e a determinação da pena. Não por outra razão a dogmática penal concentra esforços em estabelecer os critérios de imputação do delito e os parâmetros (limites) da responsabilização penal.

¹² ZAFFARONI, *La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria*, p. 392.

¹³ FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 546.

Em sentido idêntico, BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, pp. 159-170; ANDRADE, *Sistema Penal e Violência Sexual contra a Mulher*, pp. 39-56; ANDRADE, *A Ilusão de Segurança Jurídica*, pp. 198-233.

Na estrutura do sistema punitivo, a agência legislativa produz originariamente os critérios gerais de criminalização (criminalização primária); a agência policial efetiva o processo de criminalização (criminalização secundária); e as agências carcerárias executam a pena. Nesta teia de criminalização, o trabalho do juiz é condicionado por uma série de filtros de seletividade que evidencia as ações concretas do sistema punitivo, isto é, as atividades políticas do exercício de criminalização das pessoas ou dos grupos vulneráveis à incidência do controle penal. Assim, no que tange à produção da criminalização, a atividade dos operadores do direito (juiz, acusador e defensor) é sempre residual, constituindo-se como uma pequena engrenagem no fluxo contínuo do punitivismo – “as agências jurídicas dispõem de um limitado poder de contenção do exercício do poder punitivo, que devem administrar racionalmente”¹⁴.

Se é evidente a lacuna entre a *criminalidade real* (totalidade das ações criminalizáveis praticadas no cotidiano) e a *criminalidade oficial* (número de registros incorporados no sistema como estatística), e se a seletividade que produz as *cifras ocultas da criminalidade* é condicionada pela desigual distribuição da criminalização entre os grupos sociais, um modelo (a) descrente na capacidade de a pena gerar resultados positivos e (b) dotado de teleologia dogmática redutora deve ser orientado por critérios de graduação da vulnerabilidade.

6.2.2. Embora sejam evidentes os números relativos à seletividade penal, à vulnerabilidade e às cifras ocultas, a ampliação superlativa nos níveis de encarceramento nas duas últimas décadas¹⁵ demonstra que a atua-

¹⁴ ZAFFARONI et al., *Manual de Derecho Penal*, p. 512.

¹⁵ Sobre o aumento das taxas de encarceramento mundiais nas últimas décadas, conferir ANITUA, *A América Latina como Instituição de Sequestro*, pp. 67-83; GARLAND, *The Culture of Control*, pp. 174-182; GIORGI, *A Miséria Governada Através do Sistema Penal*, pp. 92-114; PAVARINI, *O Encarceramento de Massa*, pp. 293-312; PAVARINI, *El Grotesco de la Penología Contemporánea*, pp. 230-279; PAVARINI e GIAMBERARDINO, *Teoria da Pena e Execução Penal*, pp. 37-56; TAGLE, *A Experiência Punitiva na Condição Pós-Moderna*, pp. 57-66; WACQUANT, *Punir os Pobres*, pp. 205-262; WACQUANT, *As Prisões da Miséria*, pp. 77-122.

Sobre o impacto das políticas encarceradoras no Brasil, conferir ABRAMOVAY, *O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)Liberal*, pp. 9-27; ANDRADE, *Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal*, pp. 253-270; BATISTA, *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*, pp. 99-111; BATISTA, *Depois do Gran-*

ção dos o
impactos
significa
atores pro
nada entr
sejam pro
gerados p

A
posição
Batista,
gia red
para a c
tendênc

– recon
pelas a
dispen

de Enca
Punitiv
pp. 357
CARV
257; R

¹⁶ Sob
nitivisi

¹⁷ O t
teleolo
redu

permi
mome

RON

¹⁸ A

teleo

delin

geral

de s

prea

cons

-se

que

ma

ção dos operadores do direito, apesar de residual, produz importantes impactos no processo de criminalização¹⁶, isto é, esta residualidade não significa insignificância. Exatamente pela importância da atuação dos atores processuais na formação da cultura jurídico-penal – sempre tensio-nada entre as perspectivas inquisitivas ou garantistas – é imprescindível que sejam propostos instrumentos dogmáticos de redução dos efeitos danosos gerados pelo punitivismo.

A conclusão permite destacar, portanto, o caráter virtuoso da posição de um modelo *dogmático crítico* ou, nas palavras de Zaffaroni e Batista, de uma **dogmática consequente**¹⁷, orientada por uma **teleologia redutora**¹⁸, por meio da qual os atores processuais sejam capacitados para a contenção do punitivismo, sobretudo em decorrência da inerente tendência do *potestas puniendi* ao excesso e à expansão (*potentia puniendi*).

Ao compartilhar as denúncias produzidas pela criminologia crítica – reconhecimento do processo de criminalização seletiva operacionalizado pelas agências da repressão penal –, Zaffaroni entende ser absolutamente dispensável qualquer teoria (positiva ou fundamentadora) da pena. Nesse

de Encarceramento, pp. 29-36; CARVALHO, *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, pp. 32-46; CARVALHO, *Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento*, pp. 357-382; CARVALHO e WEIGERT, *A Punição do Sofrimento Psíquico no Brasil* (prelo); CARVALHO e WEIGERT, *As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas*, pp. 227-257; RAUTER, *Discursos e Práticas Psi no Contexto do Grande Encarceramento*, pp. 195-205.

¹⁶ Sobre o tema, conferir CARVALHO, *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, pp. 73-111.

¹⁷ O termo *dogmática consequente* é utilizado por Zaffaroni e Batista quando projetam a *teleologia redutora* ao interior da teoria do delito. A instrumentalização de um discurso redutor se realiza a partir da resposta positiva à seguinte indagação: “*uma metodologia que permitiu a racionalização do poder punitivo pode ser utilmente empregada na contenção dele, no momento de reconstruir o direito penal liberal a partir de uma teoria negativa da pena?*” (ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro II*, v. I, p. 24).

¹⁸ A ideia de que o saber-atuação crítico no direito penal deve ser informado por uma *teleologia redutora* constitui-se como premissa primeira do modelo negativo ou agnóstico delineado por Zaffaroni e Batista: “*quem, como nós, valore negativamente o poder punitivo em geral e a pena em particular (a partir de uma negação de suas funções manifestas, calcada no fracasso de suas teorias legitimantes), e atribua ao direito penal a tarefa política de, como uma barragem predisposta pelo estado de direito, conter o caudal punitivo do estado de polícia, não pode fugir à consequência de que a construção conceitual do delito [e da pena, consequentemente] deve empreender-se como um sistema orientado pela ideia reitora de uma intencionalidade redutora do poder punitivo, que influenciará, portanto, todas as particularidades construtivas que pretendam integrar-se ao sistema*” (ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro II*, v. I, p. 60).

cenário, o exercício teórico urgente seria o de reconstrução dos discursos e das práticas dos atores do direito penal (dogmática consequente) em uma única e exclusiva direção: *a redução da violência no exercício dos poderes* (teleologia redutora).

Reduzir o sofrimento seria a única justificativa válida para a atuação dos operadores do direito nas atuais condições em que a punição é exercida, principalmente na realidade marginal latino-americana. Conforme argumenta Zaffaroni, “*a doutrina penal pode reconstruir o seu discurso sobre esta base, sem qualquer necessidade de uma ‘teoria da pena’; pode retomar o pensamento liberal e excluir ‘as sementes do mal’ que o pensamento dos nossos ingênuos ‘antecessores liberais’ continha (...). A estratégia é clara: salvar vidas, diminuir a desigualdade, evitar o sofrimento (...). Para lograr reduzir o poder punitivo deve ser progressivamente liberal, e para ser ‘progressivamente liberal’ deve prescindir de qualquer ‘teoria da pena’*”¹⁹.

Assim, na concepção de Zaffaroni, seria possível retomar os princípios humanistas de limitação do *poder punitivo* forjados no discurso penal iluminista, desde que fossem extirpados seus germens antiliberais. E dentre as principais sementes antiliberais destaca-se esta tendência permanente de legitimação do poder punitivo por meio de narrativas justificacionistas (teorias da pena). Negar as teorias da pena possibilitaria, portanto, (a) concentrar esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelo punitivismo, (b) eliminar do discurso penal seu viés declarado e não cumprido e (c) afirmar a natureza política do *potestas puniendi*. A pena, isenta de qualquer fundamentação jurídica e órfã de qualquer finalidade, é reconduzida ao campo da política como uma representação concreta do *poder*. Como a guerra, sanção imposta nas relações internacionais, a pena criminal estaria exposta publicamente como uma manifestação extrema e cruel do poder punitivo, isenta de quaisquer justificativas ou idealizações, motivo pelo qual sua contenção se torna imperativa.

Neste aspecto, inspirados nas lições da criminologia crítica, a teoria agnóstica (ou negativa) da pena e o garantismo penal convergem ao identificar a lógica punitivista (defensivismo) presente em todos os modelos justificacionistas. Especialmente porque qualquer finalidade positiva tende a conduzir o sistema punitivo ao excesso. Ferrajoli, apesar de construir um modelo de justificação (garantismo penal), ao analisar os distintos objetivos e formas de instrumentalização da pena nos projetos liberais e correciona-

listas, per
“todas est
orientadas
do desvian
tegração co

6.3. Te

6.3
realismo
jeção de
causados
tica ou n
e a exaus
tica de r
discurso
violência

A
mento in
parte da
todas esta
representa
as funçõ
concreti
a experiê
Esta com
sibilidad
construç

N
limitaçã
e da exe
de reduç
ção na d

¹⁹ ZAFFARONI, *La Rinascita del Diritto Penale Liberale o la ‘Croce Rossa’ Giudiziaria*, p. 393.

²⁰ FERRA

²¹ ZAFFA

listas, percebe claramente esta variável constante nas teorias de justificação: "todas estas teorias da pena são, ao final, doutrinas de direito penal máximo, orientadas unicamente à máxima utilidade do não desviante e ignorando os direitos do desviante, percebido, no máximo, como objeto de práticas correcionais ou de integração coercitiva"²⁰.

6.3. Teoria Agnóstica da Pena: Teleologia Redutora

6.3.1. A **teoria agnóstica da pena**, inserida na perspectiva do realismo criminológico marginal, passa a ser o ponto de partida para projeção de discursos e de práticas concretas voltadas à redução dos danos causados pela violenta incidência dos sistemas punitivos. A postura agnóstica ou negativa, ao reconhecer a fragmentação das teorias contemporâneas e a exaustão das narrativas idealistas, e sem incorrer na tendência romântica de retorno ao passado ilustrado, procura oferecer um novo tipo de discurso e uma alternativa político-criminal para enfrentar o problema da violência da pena.

A verificação empírica da urgente necessidade de diminuir o sofrimento imposto pelas atuais formas de punição delimita este projeto que parte da explícita negativa de qualquer discurso de justificação. Se "*para todas estas teorias [justificacionistas] a pena cumpre uma função positiva, ou seja, representa um bem para alguém*"²¹, a proposição agnóstica reconhece que (a) as funções declaradas não são efetivamente cumpridas, que (b) a pena se concretiza como ato de violência contra os direitos fundamentais e que (c) a experiência concreta da punição produz distintos significados nas pessoas. Esta complexidade que envolve o fenômeno punitivo evidencia a impossibilidade de universalização de determinados fins e, muito menos, de construção de sistemas normativos centrados em falsas expectativas.

No campo da incidência concreta do poder punitivo, os critérios de limitação são especificados no interior da estrutura dogmática da aplicação e da execução das penas e das medidas de segurança. Será, pois, a noção de redução de danos (teleologia redutora) que orientará toda a interpretação na dogmática da determinação da pena. Esta explícita posição ideoló-

²⁰ FERRAJOLI, *Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione*, p. 498.

²¹ ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro I*, p. 93.

gica e político-criminal permite que nas falhas (lacunas) e nas contradições do sistema normativo as únicas coerências buscadas sejam as da minimização do sofrimento humano e as da limitação do poder punitivo. Neste sentido, a harmonia que postula o modelo agnóstico não é aquela exclusivamente teórica que marca as tradicionais teorias da pena. O motivo conceitual ou princípio que fornece unidade e coerência à perspectiva agnóstica é o da *redução de danos*; todos os demais representarão apenas variáveis secundárias e incidentais.

6.3.2. Do **ponto de vista teórico**, a proposição agnóstica encontra importante antecedente na literatura jurídica brasileira. Ao delinear a teoria agnóstica como um discurso de negação das narrativas justificacionistas, Zaffaroni retoma o legado de Tobias Barreto, autor que, segundo Nilo Batista, “*se antecipava extraordinariamente às concepções jurídicas no Brasil de sua época*”²².

Em seu texto seminal, intitulado *Fundamentos do Direito de Punir* (1884), Tobias Barreto problematiza a legitimidade do *ius puniendi*, afirmando que “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”²³. Para o autor existem certos teóricos do direito que possuem o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo²⁴. Dentre as inúmeras ‘*questões sem saída*’, tornada uma ‘*espécie de adivinha*’ proposta com nuances de erudição pelos mestres aos seus discípulos, encontra-se a célebre indagação ‘*quais os fundamentos do direito de punir?*’.

²² BATISTA, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 19.

²³ BARRETO, *Fundamentos do Direito de Punir*, p. 650.

²⁴ “*Há homens que têm o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples deste mundo, e que ao conceito mais claro que se possa formar sobre esta ou aquela ordem de fatos, sabem dar sempre uma feição pela qual o axioma se converte de repente n’um enigma d’esfinge. A esta classe pertencem os metafísicos do direito, que ainda nesta hora presente encontram não sei que delícia na discussão de problemas insolúveis, cujo manejo nem sequer tem a vantagem comum a todos os exercícios de equilibrística, isto é, a vantagem de aprender a cair com certa graça. No meio de tais questões sem saída, parvamente resolvidas, ocupa lugar saliente a célebre questão da origem e dos fundamentos do direito de punir. É uma espécie de adivinha, que os mestres creem-se obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância (...). Eu não sou um daqueles, é bom notar, não sou um daqueles, que julgam fazer ato de adiantada cultura científica, elidindo e pondo de parte todas as questões de caráter másculo e sério, sob pretexto de serem outras tantas bolhas de sabão teóricas, outros tantos quadros de fantasmagoria metafísica*” (BARRETO, *Fundamentos do Direito de Punir*, p. 640).

Com
enigma jur
do direito ci
losófica do c
todas as bol
te dissolve a
do campo
mas um com
matéria con
direito, logi
que ver com
vezes aplica
alheio à via

A d
transferên
da política
lise do fen
assemelha
criminaliz
que a prop
paráfrase
os Crimin
Int
nitiva esta
significati
pela de po
punitiva e

²⁵ BARRETO

²⁶ BARRETO

²⁷ Augusto

que marcar

Criminosos:

son foi o ma

bertário, com

tico para a cr

²⁸ O termo

cessidade e

Com refinada ironia Tobias Barreto desvela o caráter metafísico do enigma jurídico: “o centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o do direito civil está na execução. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de exequir; para que buscá-la para o direito de punir? De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente dissolve ao sopro da crítica”²⁵. A consequência da proposição é a redefinição do campo de análise da pena: “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundada (...). Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica”²⁶.

A deslegitimação dos fundamentos metafísicos da sanção penal e a transferência da pena, do plano dogmático do direito (*ius puniendi*) para o da política (*potestas puniendi*), implicam um radical deslocamento na análise do fenômeno punitivo. Em termos qualitativos, esta nova perspectiva assemelha-se à estridente denúncia da natureza política dos processos de criminalização realizada pela crítica criminológica. Não por outro motivo que a proposição de Tobias Barreto estaria perfeitamente representada em paráfrase no subtítulo da expressiva obra de Augusto Thompson, *Quem são os Criminosos* (1983): “o crime, o criminoso [e a pena], entes políticos”²⁷.

Interessante perceber, ainda, que do ponto de vista da gramática punitiva esta conversão da pena em um fato político igualmente produz uma significativa mudança. Substituir a ideia de *ius puniendi* (direito de punir) pela de *potestas puniendi* (poder de punir) ou de *potentia puniendi* (potência punitiva ou punitividade)²⁸ implica em reconhecer a inexistência de um

²⁵ BARRETO, *Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal*, p. 110.

²⁶ BARRETO, *Fundamentos do Direito de Punir*, pp. 649-650.

²⁷ Augusto Thompson, um dos maiores criminólogos nacionais, foi autor de duas obras que marcaram a literatura crítica brasileira: *A Questão Penitenciária* (1976) e *Quem são os Criminosos: o crime e o criminoso, entes políticos* (1983). Segundo Vera Batista, “Augusto Thompson foi o mais brilhante e consequente leitor do labeling approach. Sua militância como advogado libertário, como diretor do departamento penitenciário do Rio de Janeiro e seus livros são um legado mítico para a criminologia brasileira” (BATISTA, *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*, p. 78).

²⁸ O termo *potentia puniendi* é utilizado por Zaffaroni e Batista quando verificam a necessidade de constante renovação e readequação dos princípios limitadores da pena: “os

direito estatal à punição. Ao definir o fenômeno punitivo como um ato de coação imposto pelas agências punitivas, a relação de dependência entre pena e direito é rompida. Assim, o binômio crime-pena não se estabelece em uma relação horizontal de necessidade, em que a sanção é percebida como uma consequência natural do delito. Na perspectiva negativa, esta relação se torna vertical, na qual a pena, como uma decorrência política do processo de criminalização, deve ser *controlada* pelo direito.

6.3.3. Como recurso interpretativo voltado a intensificar a percepção dogmática na perspectiva redutora, Zaffaroni resgata a identificação proposta por Tobias Barreto das práticas punitivas domésticas com os atos de guerra. Se ambos os fenômenos têm existência real, e se a pena, assim como a guerra, não se legitima no direito, mas é uma das expressões violentas da política, cabe à dogmática penal a **função humanitária** de contrair suas hipóteses de incidência – *“inventamos a pena como uma necessidade para legitimar o exercício de um poder político corporativista e verticalizador da sociedade. (...) Ao considerar a pena como um fato do poder, como um fato político, podemos reduzir a esfera do poder punitivo, postular a redução do poder punitivo como um objetivo político bastante claro”*²⁹.

Os discursos de racionalização da pena (ou de legitimação da guerra) servem exclusivamente para justificar a expansão do poder punitivo. As narrativas fundamentadoras se transformam sempre em mecanismos de potencialização das retaliações aos dissidentes (inimigos internos ou externos). O exercício do poder de punir, na forma de pena ou de guerra, simboliza a negação do direito.

Neste sentido, como a guerra, que *“é um exercício de poder que está deslegitimado inclusive normativamente no plano internacional”*³⁰, mas que possui

158 princípios limitadores impostos ao sistema, derivados da prévia decisão política indicativa de sua função, não apenas são inacabados em sua elaboração como também abertos em seu enunciado. A pretensão de catalogá-los foi baseada em um suposto jus puniendi ou direito subjetivo de punir, cujo titular seria o Estado. Não existe este jus puniendi, mas sim uma potentia puniendi carente de contenção e redução e, por conseguinte, esses princípios não podem ser enumerados exhaustivamente, pois novos conflitos, tecnologias, pretextos, violações, discursos e aportes de outras disciplinas, assim como o efeito do seu próprio avanço realizador, demandam sua permanente atualização (...)” (ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro I*, p. 201).

²⁹ ZAFFARONI, *Sentido y Justificación de la Pena*, p. 40.

³⁰ ZAFFARONI, *Sentido y Justificación de la Pena*, p. 38.

uma exist
lidade, com
decorre d
violência i
mecanism
guém duvi
nitário, pre
acontecimen

A p
mo ciente
cancelado
técnicas d
terrorífico
finir o dire
cebendo-o
para cance
penal são
humanist
das pesso
social)³⁴.

6.3
realista de
secular, q
teóricos n

³¹ ZAFFARONI

³² ZAFFARONI

³³ ZAFFARONI

³⁴ Zaffaroni

penal não

vítimas. E

operam un

evocam pa

teorias man

te direito do

solução” (Z

uma existência concreta, a pena deve ser enfrentada “como um dado da realidade, como um fato político, como um fato de poder”³¹. Entretanto, o problema decorre do fato de que o direito internacional humanitário, apesar da violência inerente à guerra, não consegue anular sua existência, apenas cria mecanismos e inventa práticas de contenção da sua incidência letal – “ninguém duvida da legitimidade nem da racionalidade do direito internacional humanitário, precisamente porque se trata de um programa de limitação e redução de um acontecimento irracional e deslegitimado”³².

A perspectiva agnóstica, na delimitação da teleologia redutora, mesmo ciente de que a guerra e a pena são fenômenos impossíveis de serem cancelados no atual momento histórico, reconhece a legitimidade das técnicas de interdição dos aspectos mais violentos, mais inumanos e mais terríficos dos atos punitivos. A tarefa redutora compreende, pois, “redefinir o direito penal da mesma forma que o direito internacional humanitário, concebendo-o como um discurso para limitar, para reduzir e, eventualmente, se possível, para cancelar o poder punitivo”³³. Nessa perspectiva, o direito e o processo penal são recapitados como instrumentos estratégicos de uma política humanista preocupada exclusivamente com a diminuição do sofrimento das pessoas envolvidas no conflito criminalizado (réus, vítimas e corpo social)³⁴.

6.3.4. Projetar um modelo dogmático amparado por uma visão realista do fenômeno punição implica a recusa desta espécie de *esquizofrenia secular*, que embriaga o discurso penal, na qual são propostos modelos teóricos metafísicos de legitimação do ilegítimo.

³¹ ZAFFARONI, *Sentido y Justificación de la Pena*, p. 38.

³² ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro I*, p. 109.

³³ ZAFFARONI, *Qué Hacer con la Pena?*, p. 3.

³⁴ Zaffaroni e Batista são precisos ao identificar que os danos provocados pelo sistema penal não afetam apenas os direitos humanos dos réus e condenados, mas também das vítimas. Em relação às vítimas do delito, porém, as teorias de fundamentação da pena operam uma espécie de inversão ideológica do discurso, pois ao mesmo tempo em que a evocam para legitimar a pena, a abandonam sem propor formas de proteção jurídica: “as teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o consequente direito do estado a desprotegê-la. A evocação da vítima é discursiva, mas o modelo a abandona sem solução” (ZAFFARONI et al., *Direito Penal Brasileiro I*, p. 110).

As teorias idealistas da pena, que durante séculos procuraram legitimar o poder de punir, atingiram seu ápice nos modelos preventivistas da primeira e da segunda modernidade penal. No entanto, atuaram fundamentalmente como anestésicos das práticas autoritárias dos atores do sistema punitivo, sendo estratégicas “para que os operadores da execução não tenham uma má consciência”³⁵. Ademais, conforme evidenciado pela criminologia crítica, os discursos punitivos fundamentadores, sobretudo os que estruturaram a ideologia do tratamento (correcionalismo), ao invés de capacitar os atores jurídicos para a proteção dos direitos das pessoas, legitimaram os ‘melhoradores da humanidade’ (Nietzsche) para intervir violentamente *contra* os direitos fundamentais.

Ao abdicar do justificacionismo e assumir a pena como uma realidade (fenômeno) da política, as estratégias de minimização dos poderes arbitrários surgem como uma reação ou uma resistência igualmente política. A **postura agnóstica** permite, portanto, que o operador jurídico atue consciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando o seu saber e a sua atuação para a máxima neutralização possível dos efeitos da prisionalização e para a diminuição da vulnerabilidade dos indivíduos e dos grupos criminalizados. Tais premissas, conforme pondera Zaffaroni, seriam orientadoras de uma prática sem pretensões impossíveis ou utópicas³⁶.

³⁵ ZAFFARONI, *Sentido y Justificación de la Pena*, p. 40.

³⁶ ZAFFARONI, *Sentido y Justificación de la Pena*, p. 41.