

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RENATA ALMEIDA DA COSTA

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Caio Augusto Souza Lara; Renata Almeida Da Costa - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-436-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal.

4. Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Brasília-DF, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: “Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas”, em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 14 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo “TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA”, os pesquisadores Felix Araujo Neto e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti abordam o incremento da população de mulheres encarceradas e sua relação com o microtráfico de drogas. Alertam para a gravidade das sanções desproporcionais, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Com relação ao trabalho “MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO”, de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Thiago Gomes Viana, verifica-se um importante estudo sobre a natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) da Lei nº 11.340/2006. Os

autores buscaram evidenciar os aspectos positivos e negativos da conexão entre tais mecanismos, dissertaram sobre a natureza cível ou penal das MPUs e analisaram jurisprudência temática.

Com o tema “O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL”, o pesquisador Deivid Lopes De Oliveira analisa o delineamento do ciberespaço e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco, a partir o referencial desenvolvido por Ulrich Beck. Investigou-se o surgimento dos novos bens jurídicos, a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico.

Acácia Gardênia Santos Lelis e Katia Cristina Santos Lelis, por sua vez, na pesquisa denominada “O DESVELO DO MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DO FETICHE DE “JUSTIÇA” ATRAVÉS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA”, estudam o método restaurativo juvenil como possibilidade de aplicação diferenciada e complementar da Justiça. Com tal propósito, buscaram conhecer as causas da criminalidade juvenil e as questões que norteiam a redução da maioria penal para apresentar a ideia do “fetiche de Justiça”, motivador da defesa da redução da maioria penal.

Buscando verificar o tratamento jurídico do terrorismo, Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak na investigação “MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO”, levantam as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Dissertam também sobre os pontos de tensão da Lei 13.260/2016, apresentando robustas críticas sobre a norma.

As professoras da Universidade Federal de Uberlândia Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo, no artigo “A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL”, jogam luz num dos principais problemas sociais brasileiros. Analisaram a possibilidade de descriminalização do aborto tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e apresentaram reflexões a partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581.

A investigação “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL: DEFESA E DELINEAMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”, de Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama defendem a processualização do inquérito policial, com contraditório, inclusive para se garantir o ideal de justiça defendido pelo republicanismo de Philip Pettit (a não-dominação). O estudo foi realizado a partir da distinção de Fazzalari entre processo e procedimento.

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Rafael Luengo Felipe tiveram por objetivo de pesquisa apresentar construções da dogmática penal contemporânea que impõem à vítima o dever de tutela sobre seus bens jurídicos. Apontaram em “AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES”, que algumas orientações doutrinárias se encaminham equivocadamente ao pretender a diminuição do Direito Penal às custas da retração do Estado e da imposição de deveres indevidos ao lesado.

No artigo “A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA”, os pesquisadores José Rodolfo Castelo De Rezende e Larissa Leandro Lara apontam a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva no nosso país, a trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeitando os direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição da República.

Os pesquisadores Anderson Luiz Brasil Silva e Thiago De Oliveira Rocha Siffermann, em “AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE”, avaliam que o nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Propõem um estudo do instituto jurídico do abuso da autoridade na sociedade brasileira e a cultura do "você sabe com quem está falando".

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual, Luanna Tomaz de Souza analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo. Em “A TRIÁDE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO”, assevera que com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo.

Por sua vez, no trabalho “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROFISSIONAIS DO SEXO: ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS, SOB UM OLHAR AUTONOMISTA”, os mineiros Erico De Oliveira Paiva e João Gabriel Fassbender Barreto Prates exploram o tema regulamentação jurídica da prostituição e o tratamento legal dispensado aos profissionais do sexo. Fazendo uma recapitulação histórica da tipificação penal do crime de “manter casa de prostituição”, debatem a questão da autonomia privada daqueles que, deliberadamente, escolhem a exploração do próprio corpo como meio de vida, tentando traçar os limites desta liberalidade, bem como apontam o paternalismo legislativo existente no Brasil.

Hermes Duarte Morais, na pesquisa “CONTROLE JUDICIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA (I): DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ITER PROCEDIMENTAL”, disserta sobre a larga utilização da colaboração premiada com a nova feição conferida pela lei nº 12.850/13 e sobre a insuficiência de estudos e decisões judiciais a respeito. Propõe a fixação de balizas conceituais e ontológicas do instituto para analisar como vem se desenvolvendo o controle judicial destes negócios jurídicos processuais.

Por fim, no artigo “A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA EM CRIMES QUE AFETAM BENS JURÍDICOS COLETIVOS. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DOS CRIMES AMBIENTAIS”, de Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, discutiu-se a legitimidade para propositura da ação privada subsidiária da pública em crimes que afetam interesses coletivos, a exemplo dos crimes ambientais. Afirmaram que é imperativo adotar interpretação que favoreça o acesso à justiça a partir da ampliação do rol de legitimados, para que se possa assegurar a proteção do bem.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende - UNB

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa - Unilasalle

A TRÍADE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO

THE TRIP OF THE SANCTION, PENALTY AND PUNISHMENT AND THE LIMITS OF THE PUNISHMENT

Luanna Tomaz de Souza

Resumo

Com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo. Este artigo percorre, através de uma revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual e analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo.

Palavras-chave: Castigo, Pena, Sanção penal

Abstract/Resumen/Résumé

With the expansion of imprisonment in Brazil it is fundamental to analyze whether it is still possible to base the punishment and from that perspective, correlating notions such as punishment, punishment and punishment. This article reviews, through a bibliographical review, the tortuous paths of the foundation of the penal sanction in the current context and critically analyzes its limits and consequences for the expansion of punitivism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punishment, Penalty, Sanction

INTRODUÇÃO: O DIREITO COMO MECANISMO SANCIONADOR

O presente artigo tem como objetivo analisar as correntes teóricas que fundamentaram o discurso punitivo correlacionando noções como sanção, pena e castigo. Torna-se fundamental compreender, através de uma revisão bibliográfica na área do Direito e das Ciências Sociais, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual em que se amplia o encarceramento e os problemas dele decorrentes.

Para analisar o fenômeno punitivo é interessante começar refletindo sobre a noção de sanção. A principal característica das normas jurídicas é sua coercitividade, relacionado com a própria heteronomia jurídica, pois o direito se impõe de fora, por um poder alheio a nossa vontade. Não há direito sem alguma sanção.

Enquanto respostas jurídicas ao ilícito, as sanções podem ser de várias naturezas, como a cível, a administrativa e a penal. A sanção penal distingue-se das demais pela sua natureza e intensidade, é, sem sombra de dúvidas, a mais violenta forma de intervenção do Estado. Enquanto nos demais ramos do Direito, as sanções tendem a ser reparatórias, no Direito Penal há o cerceamento de um direito, em especial a liberdade.

Para Kelsen (1999), a coerção jurídica se efetiva na aplicação de um mal ao infrator, mesmo contra a sua vontade, através do emprego da força física se necessário. Weber (1993) explana que a soberania estatal se concretiza por meio da força resultante do exercício legítimo dos poderes constituídos. Ele identifica uma relação simétrica entre a constituição do poder político e a violência da pena.

A sanção penal, no Brasil, subdivide-se em pena e em medida de segurança, sendo a primeira aplicada ao imputáveis e a segunda aos inimputáveis¹. Como a medida de segurança possui uma fundamentação própria relacionada a noções como periculosidade, este trabalho se deterá na análise da fundamentação das penas.

As penas subdividem-se em privativas de liberdade, restritivas de direito² e de multa, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa a depender da determinação legal. As penas privativas de liberdade ganham, contudo, a principal atenção. Esta pode ser

¹ Art. 26 do Código Penal - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

² De acordo com o artigo 43 do Código Penal Brasileiro as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

aplicada pela autoridade judiciária nos regimes aberto, fechado e semiaberto a depender das disposições legais³ a gravidade do crime, sendo que ainda podem ser de detenção ou reclusão:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

São hoje mais de 600 mil presos. O país está em quarto lugar no ranking de nações com maior número de presos (atrás de Estados Unidos, China e Rússia). Os três países, todavia, tem diminuído suas populações prisionais entre 5% e 13%, sendo que no Brasil houve um aumento de mais de 33%⁴.

É impossível dissociar os estudos acerca do fenômeno punitivo do desenvolvimento de um contexto atual de recrudescimento penal, onde se demanda que toda a conflituosidade social se traduza em punição. Trata-se de um pensamento que povoa os estudos, as políticas públicas e o senso comum geral e tem como pano de fundo, de um lado uma política que não consegue reduzir a violência, e por isso cria um espetáculo através do uso da polícia (BATISTA, 2011), e de outro, uma mídia que impõe uma forma de analisar os problemas sociais propagando o discurso do neopunitivismo, totalmente de encontro com as garantias constitucionais, a chamada “criminologia midiática” (ZAFFARONI, 2012).

³ Cada tipo penal prevê expressamente o tipo de pena a ser aplicada, se detenção ou reclusão e o quantum penal de referência, na medida em que o Código Penal não prevê penas fixas.

⁴ Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/17/brasil-caminha-para-ser-pais-com-maior-numero-de-presos-alerta-diretora-do-depen>. Acesso em: 01 ago. 2016.

A Constituição Federal Brasileira trouxe limites ao poder punitivo. Ela proíbe a aplicação da pena de privação de liberdade perpétua, penas cruéis, penas de trabalhos forçados e a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII). Tais dispositivos indicam a preocupação constitucional com o princípio da humanidade e racionalidade das penas (ZAFFARONI, 2007).

Deve-se observar, contudo, certas incongruências constitucionais. Para Salo de Carvalho (2012), em que pese as constituições modernas estabelecerem numerosos limites ao poder punitivo por princípios em matéria penal e processual penal, projetam ingerência do penal em diversas áreas do direito, principalmente coletivos e transindividuais⁵. Na atualidade, em matéria penal há assim a ineficácia da Constituição penal de garantias em detrimento da efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva.

Inegavelmente a sanção, em especial a sanção penal, foi utilizada como forma de manutenção da “ordem” e “controle”. Ao longo do tempo, entretanto, tem-se buscado também refletir sobre o fundamento da mesma e se tem cumprido as suas promessas. Antes de avaliar tais estudos é fundamental compreender o desenvolvimento histórico da pena de prisão.

1. DO SUPLÍCIO A PENA DE PRISÃO

A história das penas é mais cruel que a dos delitos, porque estes são ocasionais, mas ela é um ato violento, premeditado e preparado meticulosamente, a violência organizada de muitos contra um (LOPES JR, 2012).

Não há aqui uma pretensão de se fazer um apanhado histórico de todas as formas de pena numa linha evolutiva, sob risco fazer uma seleção arbitrária de alguns mecanismos de punição ou de alguns contextos culturais, em especial o ocidental. Torna-se, porém, importante destacar como, ao longo do tempo, a prisão foi se erigir como mecanismo de punição sem necessariamente perder sua dimensão de suplício e vingança.

Durante um longo percurso histórico não havia necessidade de fundamentação da punição, pois ela estava confiada aos sujeitos envolvidos que agiam motivados principalmente pela sede de vingança dando a pena um caráter de suplício.

Com o Renascimento, temos o surgimento do humanismo de novas ideias. Estabelece-se uma relação entre delito e mérito, sendo justa a pena porque tem o delito como

⁵ Confirmam o modelo penal programático denominado: Constituição Penal Dirigente.

causa. No Iluminismo, são abordados temas como o determinismo e a liberdade (com Tomasio e Wolf) e a autonomia do sujeito e a identidade da pessoa (Leibniz). Diversos autores se destacam como o empirismo de Hume, o utilitarismo de Bentham, a legalidade penal em Beccaria, a divisão de poderes em Montesquieu, o contratualismo e a vontade geral de Locke e Rousseau. Não poderemos ignorar a contribuição da Itália nesse período, com Genovesi, Filangeri e Romagnosi, ligados a três princípios: a justiça absoluta, o pacto ou contrato e a defesa social.

Segundo Maria e Fernando Falcon Y Tella (2008) é no medievalismo penal, que vai até a segunda metade do século XVIII, que se humanizam e se secularizam as formas de punição rompendo com sua dureza e seu sentido mágico e sacral. Passa-se a conceber um Direito Penal como garantia de ordem coletiva de responsabilidade do Estado.

Foucault (2007), no clássico *Vigiar e Punir*, apresenta uma genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apoia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade. Nesse trabalho, tenta estudar a metamorfose dos métodos punitivos a partir de uma tecnologia política do corpo onde se poderia ler uma história de relações de poder e de objetos.

Antigamente, mesmo as penas não-corporais comportavam uma dimensão de suplício a título acessório: exposição, roda, coleira de ferro, açoite. Para Foucault (2007) os suplícios não constituem qualquer forma de punição, mas um ritual organizado para a marcação da vítima e manifestação do poder que pune. A tortura judiciária, no século XVII, funcionava assim como um ritual que produz a verdade e também impõe a punição.

A partir do fim do século XVIII e começo do século XIX começa a acontecer a supressão dos espetáculos punitivos, tornando a punição a parte mais velada do processo penal, sendo sua eficácia atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível.

As práticas punitivas se tornaram mais pudicas e o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. Mais do que o suplício, a pena passa a significar a perda de um bem ou de um direito. Temos então um duplo processo. Mais do que reduzir a intensidade, muda-se o foco. Não é mais o corpo, mas a alma a que se dirige a punição. O castigo deveria atuar agora sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

O Direito Canônico lutou pela humanização e suavização do Direito Penal, colaborando para o surgimento da pena de prisão, inspirada nas prisões canônicas e sua perspectiva de levar arrependimento ao criminoso (LOPES JR, 2012). É, todavia, com o iluminismo que passa a haver maior racionalização e humanização do uso da mesma.

O Iluminismo logo há de desqualificar o suplício, afastando o máximo possível a “pesquisa serena da verdade” e a violência, que não se pode eliminar inteiramente, da punição (FOUCAULT, 2007). Na realidade, o povo era o personagem principal das cerimônias de suplício. Este reivindicava seu direito de constatar o suplício e quem é supliciado. Mas o povo também em nenhum momento se sente mais próximo dos que sofriam a pena do que ali, em nenhuma ocasião se sentia mais ameaçado por uma violência legal desmedida. A ruptura dessa solidariedade visava sempre mais repressão penal e policial.

Durante o século XVIII os crimes parecem perder violência, enquanto as punições, reduzem em parte sua intensidade, mas a custa de múltiplas intervenções. Há, na realidade, com o aumento da riqueza, o afinamento das práticas punitivas com métodos mais rigorosos e uma nova estratégia de punir “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular da sociedade”. Passa-se a punir menos, mas punir melhor, talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade. Na realidade, insere-se mais profundamente no corpo social o poder de punir (FOUCAULT, 2007, p. 70).

A justiça penal é irregular pela multiplicidade de instâncias que estão encarregadas de realizá-la. Estas se neutralizam e são incapazes de cobrir todo o corpo social. Assim, o verdadeiro objetivo da reforma não é fundar um novo direito de punir, mas estabelecer uma nova economia do poder, assegurando uma melhor distribuição dele para que não fique concentrado em alguns pontos, nem partilhado demais entre as instâncias, mas que seja repartido de modo homogêneo e contínuo em todo corpo social. É a retomada política ou filosófica dessa nova estratégia de punir:

fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva da sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir (FOUCAULT, 2007, p. 70).

No Antigo Regime, os diferentes estratos sociais tinham cada um na sua margem de ilegalidade tolerada, condição de funcionamento político e econômico da sociedade. A sociedade capitalista reestrutura a economia das ilegalidades, deslocando-se o direito de punir da vingança do soberano para a defesa da sociedade, tomando a humanidade como medida da pena. A arte de punir passa a repousar sobre toda uma tecnologia de representação, tal que torne sem atração o delinquir.

2. A PRISÃO COMO MECANISMO CENTRAL DE PUNIÇÃO

O fim do século XVIII e início do século XIX marca a passagem para a pena de privação da liberdade e ao lado das grandes tecnologias há o surgimento de pequenas técnicas de vigilâncias múltiplas e entrecruzadas preparando um novo saber sobre o ser humano, para sujeitá-lo e utilizá-lo.

Bentham (1979) desenvolve o Panóptico como figura arquitetural da composição disciplinar, capacitando um único olhar para ver tudo e, acima de tudo, para permitir um controle externo. A vigilância hierarquizada, contínua e funcional apesar de não ser uma invenção do século XVIII ganha insidiosa extensão devido as novas mecânicas de poder, que traz consigo. O poder disciplinar tornar-se, graças a ela, integrado, ligado do interior à economia e aos fins do dispositivo onde é exercido.

A arte de punir, no regime de poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem exatamente a repressão, ela normaliza, traçando o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira do anormal. Segundo Maria e Fernando Falcón y Tella (2008), o surgimento da pena de privação da liberdade acentua a ideia de diferenciação entre bons e maus.

A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo que toma a seu cargo todos os aspectos dos indivíduos e de modo incessante. Em primeiro lugar, há o isolamento que assegura um encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele. O trabalho é definido junto com o isolamento como um agente de transformação carcerária, segundo as normas gerais de uma sociedade industrial. Ela também funciona como um instrumento de modulação da pena, permitindo quantificar exatamente as penas e graduá-las segundo as circunstâncias, dando ao castigo legal a forma mais ou menos explícita de um salário com foco no infrator mais do que no indivíduo punido.

É perceptível a extrema solidez da prisão, essa invenção desacreditada desde o nascimento. Se ela tivesse sido apenas um instrumento para eliminar ou esmagar a serviço de um aparelho estatal teria sido mais fácil modificar suas formas ou encontrar um substituto. Mas enterrada como está no meio de dispositivos e de estratégias de poder, ela pode opor a quem quisesse transformá-la uma grande força de inércia. O que resiste não é a prisão-sanção penal, mas a prisão com todas as suas determinações, ligações e efeitos extrajudiciários; a prisão como recurso de recuperação na rede geral das disciplinas e das vigilâncias tal como funciona no regime panóptico.

Essa centralidade da prisão como sanção passa a significar o sequestro do tempo do indivíduo, já que a capacidade de trabalho e a liberdade do culpado seriam ou únicos objetos passíveis de conversão da dívida em um bem tangível. Para Carvalho (2013), o aprisionamento do tempo passa a ser a sanção característica da modernidade.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2007), as penas privativas de liberdade são o núcleo central de todos os sistemas punitivos. Pretendeu-se substituí-las em um dado momento pelas penas patrimoniais, mas essas mudanças não frutificaram e as penas pecuniárias tem hoje caráter meramente complementar desenvolvendo, contudo, mudanças ao longo do tempo.

As penas pecuniárias pré-modernas tinham mais o caráter de penas privadas, destinadas a realizar, como alternativa a vingança, uma composição pacífica do conflito entre o réu e a parte ofendida sob formas de reparação ou de preço da paz. As codificações modernas fazem a multa perder sua função reparatória para ter um alcance punitivo (FALCÓN Y TELLA e FALCÓN Y TELLA, 2008).

Em que pese haja um arsenal diverso de punições, até para possibilitar a quem julga diversas combinações ou escolhas, é inegável no contexto latino-americano a cultura carcerocêntrica que privilegia a pena privativa de liberdade.

3. AS TEORIAS DAS PENAS

Em verdade, todos os sistemas punitivos, da antiguidade à pós-modernidade, apresentaram discursos mais ou menos coerentes sobre a legitimidade das incriminações e dos castigos. Segundo Carvalho (2013), entretanto, em que pese muito se pensar nos fundamentos da punição, apenas na modernidade, com a pretensão de cientificidade e de racionalização do poder soberano é que são elaboradas as grandes narrativas sobre ela: as teorias das penas. Essas teorias alcançam o imaginário popular e projetam perspectivas e demandas sobre o papel das respostas punitivas. Em regra, duas são apontadas como principais: as chamadas teorias absolutas e as teorias relativas. Ambas as teorias se caracterizam por serem justificacionistas, legitimando a atuação do sistema penal.

Ganharam relevo também algumas teorias buscando conciliar ambas as perspectivas, chamadas de ecléticas, mistas ou da união. Existem múltiplas tendências dentro dessas teorias, algumas mais próximas das absolutas (Welzel), e algumas mais próximas das relativas (Mir Puig, Roxin) (FALCÓN Y TELLA e FALCÓN Y TELLA, 2008). Há um esforço

nelas para que, com a junção de diferentes discursos e funções da pena, se possa preencher as lacunas e contradições existentes reestabilizando a estrutura punitiva. Isso, contudo, não servirá como magia, apenas ocultará os problemas existentes. O Brasil, em seu Código Penal, assume essa perspectiva ao conjugar a noção de reprovação e de prevenção:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Em que pese outras teorias contemporâneas tenham se esforçado pela renovação ou readequação dos antigos discursos, acabam seguindo o padrão das metanarrativas e, embora reconheçam os limites do sistema punitivo, são reticentes em abdicar das formas tradicionais de resposta ao crime criando discursos universais de legitimação do mesmo conferindo-lhe suposta harmonia e completude (CARVALHO, 2013). Por isso, para o proposto nesse trabalho será feito um estudo de ambas as teorias.

3.1. AS TEORIAS ABSOLUTAS E A BUSCA DO CASTIGO

As teorias absolutas ou retribucionistas apostam numa lógica de legitimação interna: castiga-se porque há um mal. Seguem o preceito platônico de que o mal se paga com o mal e o que está feito não pode ser desfeito. A pena seria então um fim em si mesmo, vista como “castigo” ou “retribuição do delito”. Parte do modelo iluminista de contrato social, onde um delito representa a violação contratual, exigindo assim a reparação (CARVALHO, 2013).

Para Maria e Fernando Falcón y Tella (2008), as principais variantes destas teorias são: a retribuição divina, inspirada em Tomás de Aquino, que alerta que há uma ordem divina que não pode ser infringida; a retribuição “ética”, de inspiração kantiana, onde a pena decorre do direito que tem o soberano de afetar dolorosamente ao súdito, como consequência de sua transgressão da lei, jamais podendo ter finalidade utilitária sob pena de se infringir o imperativo “nunca alguém deve tratar a si e aos demais como meio”; e a retribuição jurídica de Hegel, na qual com a pena há a recomposição do direito violado, pois somente quando castigamos reconhecemos a existência de direitos prévios, que hão de ser restabelecidos.

De acordo com Salo de Carvalho (2013), estas são as narrativas jurídicas de maior estabilidade na modernidade, legitimando uma lógica de grande rigor penal. Essas teorias não se sustentam mais do ponto de vista científico. Não há estudos empíricos que apontem que a punição exerça um papel neutralizante, pautando-se mais em uma lógica de defesa social. Por mais que as teorias postulem limites ao poder punitivo, baseiam-se em uma ideia de vingança e num sempre impreciso cálculo de justa retribuição pelo dano causado o que pode terminar legitimando penas cruéis e degradantes (ZAFFARONI, 2007).

Um dos objetivos principais alegados para a punição de acordo com essas teorias seria o castigo. Este é um termo de difícil categorização e que não está preso a essas teorias, mas embasa visões de diferentes autores. O modelo Flew-Benn-Hart sobre castigo é o mais conhecido. Anthony Flew (1954) enunciou uma série de requisitos da definição de castigo: um mal ou algo não prazeroso, infringido em virtude de uma autoridade. Cinco anos depois deste trabalho, Stanley Benn (1958) acrescentou o sofrimento como parte e Hart (1968) adicionou alguns matizes, restringindo o conceito jurídico ao indicar que deve ser contra as normas ou que deve ser infringido por seres humanos diferentes do ofendido.

Sufrimento é, em regra, o primeiro requisito do castigo. O Estado intencionalmente causa um sofrimento, desprazer, dor ou mal ao ofensor como fim ou como meio para um fim. Mais do que uma dor física abarca todas as situações imagináveis de frustração de desejos pessoais de algum tipo. Para Maria e Fernando Falcón y Tella (2008), contudo, não é toda privação de um bem que pode ser considerada como um castigo, mas de um bem desejado.

A segunda característica do castigo seria a prévia ofensa jurídica. O castigo relaciona-se a violação de normas jurídicas, não a maldade (HART, 1968; BENN, 1958). Para evitar a circularidade entre ofensa e castigo, onde um não seja necessário ao outro o castigo é relacionado a transgressões de deveres jurídicos ou é a critérios de moralidade, ao invés de critérios jurídicos. Nesse sentido, é feita uma distinção entre penalização e castigo. A primeira envolveria tipos muito díspares de medidas coativas (multas, penalizações esportivas), enquanto o castigo possuiria conotações morais, assim a penalização constitui castigo somente quando tem esse sentido. Para outros autores/as, a penalização é a expressão formal do castigo (FALCÓN Y TELLA e FALCÓN Y TELLA, 2008).

O castigo há de ser também intencionalmente infligido por seres humanos (não sendo divino) distintos do ofensor (não sendo auto castigo), que possuam a autoridade institucionalizada para castigar (não sendo vingança privada).

Há uma profusão de autores/as que analisam a relação entre o castigo e a sociedade. Norbert Elias (1994) é um importante autor nesse contexto e retrata a ambivalência psicológica em torno do castigo dos outros. Com base em Freud, o autor acredita que o “medo do delito” tem raízes irracionais, frequentemente desproporcionais, inclusive fóbicas. Ironicamente produz-se o paradoxo de que detestamos o crime, mas nos deleitamos ouvindo as histórias e relatos que os meios de comunicação nos transmitem dos casos mais horrorosos e viciosos que repetidamente provocam uma fascinação e um temor no grande público que não são mais do que emoções nocivas. A desproporção na reação de ressentimento e hostilidade contra o delito não é mais do que uma prova da ambivalência psicológica do castigo dos outros (ELIAS, 1994).

Alegremo-nos de que o crime seja castigado, porque isso é uma forma de recompensa pela energia e os esforços que nós mesmos fazemos para renunciar a ele. Ao mesmo tempo isto produz um sentimento de culpabilidade nos indivíduos, porque seus instintos chocam com o socialmente correto. Desta feita, essa tendência de encarcerar os ofensores pode ser interpretada como um desejo de esquecer essa ambivalência.

Durkheim (2007) concebe o castigo como a representação da ordem moral e como esta ordem se sustenta em si mesma. Por que castigar? Porque o delito viola os sentimentos e emoções que estão profundamente enraizados na sociedade e tem tamanha força que não toleram desacordo. A paixão é assim a alma dos castigos. Nas sociedades modernas, mesmo mais contido, o sentimento de vingança continua vivendo na alma da sanção. Sua função é dupla: por um lado, é emoção individual e, por outro, e ao mesmo tempo, um reforço coletivo da moralidade. Para o autor há duas leis uma quantitativa e uma qualitativa. As sanções evoluíram diminuindo a quantidade e alterando a qualidade (de pena capital para prisão) (DURKHEIM, 2007).

Há que se questionar se as leis penais que preveem sanções são expressão de uma consciência coletiva, posto que algumas leis até se opõem aos sentimentos coletivos. Trata-se mais de uma questão de *governance* que de *management*. A primeira refere a decisões políticas e efetividade, enquanto a segunda a decisões administrativas e eficácia.

Para Nietzsche (2009) na imposição do castigo existe mais que um sentimento moral de dever de castigar, existe um prazer positivo em fazê-lo. Para ele, a origem da punição está no desejo do ser humano em não esquecer. A racionalidade moderna, calcada na “consciência”, não permite esquecer, para tanto recorre constantemente à dor. Com isso, pode-se ter ideia da memória de uma sociedade por meio das leis penais: quanto maior o rigor da legislação penal, maior é a sua capacidade de não esquecer.

A ideia de culpa, segundo ele, teve seu surgimento a partir do entrelaçamento dos conceitos de dívida e castigo, os quais foram estabelecidos em uma relação de credor e devedor. O castigo foi tomado como forma de reparação, sendo dano e dor associados. O pensamento punitivo está baseado no estabelecimento de preços e equivalências, em uma relação entre credor e devedor.

Já Foucault (2007) considera que, hoje em dia, os rituais punitivos consistem mais na gestão (*management*) que no governo (*governance*), mais na vigilância (*surveillance*) que no espetáculo, sendo uma questão de regimes privados de execução da sentença mais do que cerimônias públicas. A execução da pena seria hoje mais uma questão privada, porém na declaração em julgamento o caráter dos rituais punitivos se observa com mais clareza.

Para Foucault (2007) a punição é uma estratégia de controle, através da inscrição do poder nos corpos. Portanto, ao observarem-se os efeitos da punição, percebe-se que ela é absolutamente inútil para despertar sentimentos de remorso ou culpa, pois o criminoso, circundado pelos procedimentos judiciais, não consegue sentir seu ato como repreensível, uma vez que nota a mesma espécie de condutas serem praticadas em nome da justiça e sem “peso na consciência”.

Foucault (2007) percebe o castigo como um processo racionalizado e burocratizado, diferente de Durkheim (2007) com uma concepção deste como fenômeno passional de vingança. Para Foucault (2007) o processo de racionalização que experimentou o castigo o transformou em um processo burocratizado, desapaixonado e profissionalizado. Foi aos poucos sendo monopolizado pelo Estado através de um grupo de profissionais, de corpos especializados a margem da vida social.

Para Norbert Elias (1994) o castigo é contemplado como um complexo instrumento cultural que contém códigos de símbolos e signos culturais em sua própria prática. A influência de fatores como classe, gênero e raça é patente. A cultura nesse sentido refere-se não somente as mentalidades e formas de pensamento, mas aos sentimentos e o delito e o castigo expressam claramente a influência da resposta emocional da opinião pública. Na medida em que o castigo implica o uso da violência ou a produção de dor ou sofrimento, o mesmo se verá afetado pelos sentimentos prevalentes nas sociedades na hora de distinguir entre o permitido e o não-permitido, entre violência tolerável e intolerável.

3.2. AS TEORIAS DA PREVENÇÃO E A CRENÇA NA RESSOCIALIZAÇÃO

As teorias relativas ou prevencionistas têm uma lógica de legitimação externa: castiga-se porque está proibido, condicionando-se a sanção a um fim perseguido. Elas se dividem em prevenção geral e especial. As primeiras voltam sua preocupação a sociedade, aos que não delinquiram, enquanto as especiais dedicam-se ao condenado em particular. Estas teorias se subdividem em positivas (reforçadoras ou da emenda), que acreditam que a pena possa reforçar valores positivos, e negativas (dissuasórias), que apostam no caráter intimidatório da punição.

As teorias da prevenção geral negativa advogam que a ameaça da pena serve para dissuadir a sociedade a cometer crimes através da intimidação ou do exemplo, enquanto a teoria da prevenção especial negativa acredita que sirva para neutralizar o indivíduo que cometeu o crime. Essa lógica simbólica de uso da pena, para intimidar o indivíduo e a sociedade, pode levar ao aumento constante das punições. Usa-se a pessoa que comete crime como bode expiatório, o que não tem eficácia demonstrada e pode desembocar no terrorismo penal. Além disso, não deixam espaço para qualquer forma de recuperação (CARVALHO, 2013).

Na prevenção geral positiva acredita-se que a pena possa: reafirmar a consciência social da norma (Hassemer); confirmar a vigência da norma (Jakobs); ratificar uma atitude de respeito pelo Direito (Kaufmann) ou supor uma afirmação das convicções jurídicas fundamentais (Mir Puig). As teorias da prevenção especial positiva atribuem a sanção penal a função de ressocializar o indivíduo. Esse discurso foi extremamente difundido justificando a intervenção penal e está expresso no ordenamento brasileiro no artigo 1º da Lei de Execução Penal. A prevenção positiva, contudo, ignora as injustiças do sistema podendo conduzir a uma cegueira coletiva (FALCÓN Y TELLA e FALCÓN Y TELLA, 2008).

A noção de ressocialização precede dos tempos da Ilustração, volta a emergir com força no último terço do século XIX principalmente através do correcionalismo que vê o direito penal como medicina da alma. Em que pese as permanências, a ideia da ressocialização está em crise diante de seu insucesso. Esse papel “pedagogo” do Estado traz uma certa insegurança pois se pauta no subjetivo de quem comete o crime, deixando de lado a questão objetiva: o delito. Isso corrobora para uma perspectiva de direito penal pautada no autor e não nos fatos, discutindo-se sua personalidade, seus antecedentes, sua natureza, criminalizando grupos já estigmatizados socialmente. O modelo correcionalista esbarra também na incapacidade do

sistema de garantir minimamente o respeito aos direitos humanos dos condenados e de ressocializar o criminoso. Por isso, a partir da década de 70 essa perspectiva começa a entrar em crise.

O discurso da ressocialização tem, entretanto, continua com grande força. Isso ocorre porque este é um discurso extremamente atraente, pois legitima o sistema e reforça a crença de que a prisão poderá fazer o preso atender determinadas expectativas sociais. Sobre isso vale a pena chamar atenção das observações de Vera Pereira de Andrade (2015). Para a autora as penas tem funções declaradas e funções reais. A ideia da ressocialização, função declarada da pena, se revela um fracasso já que o índice de reincidência, no Brasil, é de mais de 70% (IPEA, 2015). A prisão não consegue combater a criminalidade. Podemos perceber, pelo contrário, uma eficácia invertida. Enquanto função não declarada, a pena vem reproduzindo satisfatoriamente os índices de criminalização da pobreza e da juventude negra (ANDRADE, 2015).

4. O DESENVOLVIMENTO DO PUNITIVISMO E A RESISTÊNCIA

Destacam-se, na última década, os discursos neoconservadores que moldaram teorias de máxima intervenção punitiva. Nos países latino-americanos, o processo de redemocratização e a afirmação do constitucionalismo retardaram o impacto do avanço do punitivismo. Ao longo dos anos 90, todavia, a política nacional aderiu aos discursos gerencialistas, pautados na eficiência do combate à criminalidade e sem conexão com os valores clássico do direito penal. Ganha especial relevo o discurso de “tolerância zero” gestado nos Estados Unidos, e as teorias funcionalistas sistêmicas, que tem Gunther Jakobs (2003) como máxima expressão (AZEVEDO e AZEVEDO, 2008).

Trata-se da difusão de uma cultura populista que se legitima pelo senso comum e é difundida nos meios de comunicação e incorporada em ambientes acadêmicos (PAVARINI, 2009). O apelo romântico da ressocialização é substituído pelo ideal de controle e gestão dos riscos o que leva ao aumento das penas e do encarceramento. Esse populismo penal encontra terreno fértil no Brasil. Após 1940, foram inúmeras leis e projetos de lei na seara penal, destes, 80,3% foram mais gravosos (GAZOTO, 2010). As exposições dos motivos quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem apresentar dados empíricos que possam sustentar suas posições, há também o apelo exagerado a questão emocional ou ético-moral e a preocupação com as notícias de jornais e mídia, em geral. Muitos projetos

penalizantes são de autoria de parlamentares oriundos de profissões ligadas à repressão criminal e que foram eleitos com promessas pautadas nesses projetos.

Constrói-se, claramente, nesse bojo, uma cisão entre o cidadão “de bem” e o “inimigo” tendo como fundamento formulações como as de Gunther Jakobs (2003) do direito penal do inimigo, um modelo belicista que legitima a lei penal para neutralização e incapacitação do “delinquente”. A preocupação em neutralizar o “delinquente” justificaria qualquer ruptura com os limites de intervenção como os direitos e garantias fundamentais. Esse pensamento se alastrou imensamente e trouxe profundas consequências para a intervenção penal inundando as instituições jurídicas e o imaginário popular do desejo de mais punição.

As grandes narrativas da modernidade produziram duas consequências marcantes: a essencialização do criminoso e a edificação de soluções universais para o problema do crime, perspectivas simplificadoras ao extremo da questão criminal (CARVALHO, 2013).

Os modelos justificacionistas não conseguiram, contudo, cumprir suas funções declaradas e não contribuíram para a diminuição do número de crimes. Isso levou a um profundo descontentamento com as teorias legitimadoras gerando uma crise que só pode ser superada a partir da compreensão de que os problemas complexos da sociedade contemporânea exigem instrumentos também complexos de análise e uma intervenção para além de modelos universais, binários e unívocos. Busca-se, na atualidade, novas perspectivas para a pena que reconheçam a insuficiência da mesma e a complexidade das relações sociais no contexto hodierno.

O contraponto aos discursos legitimadores da pena se deu, em boa medida, com as teorias garantistas que partem da premissa utilitarista “máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante”. A teoria garantista agrega a prevenção geral negativa uma perspectiva de obstaculização da vingança da vítima ou de forças solidárias, evitando também o excesso punitivo do Estado (FERRAJOLI, 2006).

Observa-se, todavia, limites nessa teoria. Em primeiro lugar, mesmo diante das críticas ao modelo de prevenção geral, Ferrajoli (2006) acaba retomando-o. Além disso, a teoria garantista, em certo sentido, ignora as violências e a seletividade inerentes ao sistema. A tese de que o direito penal afastaria a vingança pública ou privada não é muito convincente, pois o sistema penal só atua em um número reduzido de casos e a imensa maioria dos crimes impunes não gera vinganças ilimitadas (ZAFFARONI, 2007).

A perspectiva agnóstica, no bojo dos discursos críticos, apresenta-se como uma das mais interessantes, e é adotada nesse artigo. Nela se reconhece os limites das teorias justificadoras da pena e da própria prisão destacando o fracasso da mesma dentre outros fatores porque: a) não intimida; b) não há ressocialização c) as pessoas não confiam em quem sai da prisão; c) é um espaço que sempre permitiu abusos e violências d) há um grande custo econômico da gestão carcerária; e) há desgovernabilidade no cárcere; f) o isolamento provocado destrói a sociabilidade (FALCÓN Y TELLA e FALCÓN Y TELLA, 2008).

Um dos primeiros autores a apontar essa perspectiva foi o brasileiro Tobias Barreto que, em 1884, problematizou a legitimidade do jus puniendi. Atualmente os tem como grandes expoentes Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista (BATISTA, 2005). Numa perspectiva agnóstica, aponta-se a desnecessidade de modelos explicativos para a sanção penal, revelando-se que a pena não consegue cumprir suas funções manifestas apenas infligindo dor e sofrimento. Segundo Salo de Carvalho (2013) os principais pressupostos teóricos na atualidade são:

a) reconhecer o fundamento político da pena, ao revés das teorias que apontam seu caráter exclusivamente jurídico, pautando a deslegitimação dos excessos inerentes ao exercício deste poder;

b) a sanção exerce uma função de controle social, servindo para presentificar o Estado e sua capacidade de ingerência violenta;

c) a pena é um fenômeno incancelável. Apesar da crítica agnóstica ser nutrida pela perspectiva abolicionista não nega a densificação do punitivismo;

d) a sanção criminal é um ato político de coação de dissidentes, algo que precisa ser contido.

Percebe-se que não se trata de uma teoria da pena, mas de um modelo que objetiva restringir o punitivismo, rompendo com as teorias construídas que apostam numa finalidade positiva e virtuosa da pena. Desloca-se o fenômeno da pena da perspectiva dogmática para a política o que implica reconhecer a inexistência de um direito estatal à punição. A relação entre pena e direito deve ser rompida, não sendo a sanção uma consequência direta do delito, mas a pena, como uma decorrência política do processo de criminalização, deve ser controlada pelo direito (CARVALHO, 2013).

Para Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar (2003) deve-se adotar uma postura sem pretensões impossíveis, voltada à neutralização dos efeitos da prisionalização e à diminuição

da vulnerabilidade de indivíduos e grupos historicamente marginalizados, com a redução dos danos causados pelo sistema punitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa desenvolvida se percebe a fragilidade de fundamentação da punição no contexto atual. A tríade sanção penal, castigo e pena representou durante muito tempo o principal argumento que justificava a punição em âmbito penal. Tais teorias, contudo, revelaram ao longo do tempo muitos limites, pois a despeito da pretensão de inibir o cometimento de crimes, o número de pessoas encarceradas apenas cresceu.

No âmbito da pena, as teorias justificacionistas, notadamente as relativas e absolutas, não conseguiram demonstrar qualquer função para a pena que não seja a reprodução de violência e a criminalização da pobreza e da juventude negra.

As teorias agnósticas representam um grande avanço ao reconhecer o caráter político da punição e prescindir das grandes teorias. Mais do que buscar uma fundamentação para a punição, deve-se procurar limitar o poder punitivo e as mazelas dele decorrentes.

Isso impõe uma mudança cultural, ideológica, sistêmica que tem sido apontada por correntes minimalistas e abolicionistas que deslegitimam o sistema punitivo e mostram que precisamos de um horizonte com menos pena e mais direitos humanos. A resolução dos conflitos existentes em nossa sociedade não passam pelo fortalecimento do sistema punitivo, mas por sua desconstrução.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. R. P. D. Qual alternativismo para a brasilidade? política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 14, , n. 59, p. 83-107, Outubro 2015.

AZEVEDO, R. G. D.; AZEVEDO, T. P. D. Política Criminal e legislação penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas. In: WUNDERLICH, A. E. A. **Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

- BATISTA, V. M. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BENN, S. An Approach to the Problems of Punishment. **Filosofia**, p. 325-341, 1958.
- BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- CARVALHO, S. D. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, S. D. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DURKHEIM, É. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- ELIAS, N. **O processo civilizador: Uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FALCÓN Y TELLA, M.; FALCÓN Y TELLA, F. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2006.
- FLEW, A. The Justification of Punishment. **Philosophy**, p. 291-307, 1954.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 33. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- GAZOTO, L. W. **Justificativas do congresso nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. Brasília : Universidade de Brasília, 2010.
- HART, H. L. A. Punishment and responsibility. **Philosophy**, Oxford, Outubro 1968.
- IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Brasília: IPEA, 2015.
- JAKOBS, G. E. C. M. M. **Derecho Penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
- LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NIETZSCHE, F. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PAVARINI, M. El grotesco de la penologia contemporânea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 81, 2009.
- WEBER, M. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993.

ZAFFARONI, E. R. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, E. R. B. N. S. A. A. A. **Direito Penal Brasileiro:** Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R. P. J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.