

TEORIA CRIMINOLÓGICA E DOSIMETRIA DA PENA: UM DISCURSO CRÍTICO
NECESSÁRIO À DIMINUIÇÃO DAS DISFUNCIONALIDADES DO *POTESTAS PUNIENDI*.

*CRIMINOLOGICAL THEORY AND DOSIMETRY OF THE PENALTY: A NECESSARY
CRITICAL DISCOURSE TO REDUCE POTESTAS PUNIENDI'S DYSFUNCTIONALITIES.*

Victor Américo Alves de Freitas ^A

<https://orcid.org/0000-0003-1436-4369>

Rodrigo Lima e Silva ^B

<https://orcid.org/0000-0002-6514-0771>

^A Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IEP/MPRJ) - 2019. Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) - 2016. Professor convidado da pós-graduação em Advocacia Criminal - CEPED/UERJ Advogado criminalista;

^B Professor na área de Direito Público da UFRRJ (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro). Ex-Vice Coordenador do Curso de Direito da UFRRJ. Ex-Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UFRRJ, atual Vice-Chefe de Departamento de Ciências Jurídicas na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público e Privado pela EMERJ/Estácio de Sá. Mestre em Direito Público pela UNESA. Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ/UCAM (Cândido Mendes-RJ)

Correspondência: vtrfrts@gmail.com, rodivo@terra.com.br

DOI: : <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.59885>

Artigo recebido em 18/05/2021 e aceito em 22/01/2024.

Resumo:. O presente *paper* teve como objetivo avaliar os discursos jurídicos das teorias da pena para verificar qual delas – ou se todas – são adotadas pelo Brasil e qual seria a razão de sua adoção. Em seguida, se pretendeu demonstrar o equívoco da adoção de uma teoria oficial da pena. Para essa tarefa, o artigo buscou trazer as principais teorias oficiais da pena e suas fundamentações jurídico-filosóficas, bem como os principais modelos teóricos críticos sobre as teorias oficiais. A revisão bibliográfica permite apresentar as críticas a essas teorias para, em seguida, apresentar a teoria negativa e a teoria materialista/dialética. Ambas têm como escopo diminuir as disfuncionalidades latentes que o sistema punitivo impõe aos marginalizados pelo poder punitivo normatizador. O tema tratado é, portanto, divergente na doutrina, mas é uníssono na jurisprudência, que adota a teoria criminológica oficial e utiliza a dosimetria da pena para legitimar o discurso da casta social mais abastada em detrimento daqueles que possuem fatores sociais negativos. Com isso, suas disfuncionalidades – altamente prejudiciais ao estado de direito e às garantias individuais no Estado democrático de Direito – criam um maior âmbito de incidência, fazendo com que o estado policial se sobreponha ao estado de direito.

Palavras-Chave: Teoria da Pena. Discurso crítico da teoria da pena. Teoria negativa. Teoria materialista/dialética. Poder punitivo.

Abstract: The aim of this paper was to evaluate the legal discourses of punishment theories in order to see which of them - or if all of them - are adopted in Brazil and the reason for their adoption. It then set out to demonstrate the misconception of adopting an official theory of punishment. In order to do this, the article looked at the main official theories of punishment and their legal-philosophical foundations, as well as the main theoretical models critical of the official theories. The literature review allows us to present the criticisms of these theories and, later, to present the negative theory and the materialist / dialectic theory. Both aim to reduce the latent dysfunctionalities that the punitive system imposes on those marginalized by the normative punitive power. The treated theme is, therefore, divergent in the doctrine, but it is unison in the jurisprudence, which adopts the official criminological theory and uses the dosimetry of the penalty to legitimize the discourse of the wealthiest social caste to the detriment of those who have negative social factors. As a result, its dysfunctionalities - highly damaging to the rule of law and individual guarantees in the democratic rule of law - create a greater scope of incidence, causing the police state to override the rule of law.

Keywords: Theory of Penalty. Critical discourse on the theory of punishment. Negative theory. Materialist / dialectic theory. Punitive power.

INTRODUÇÃO

Uma rápida leitura do art. 59 do Código Penal brasileiro indica, além de duvidosos parâmetros para mensuração da pena, os fins aos quais ela declaradamente se destina: deve a pena aplicada ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Veja que a necessidade e a correção estão referidas a parâmetros como antecedentes criminais, personalidade do agente etc., em que haja alguma explicação conceitual do que se trata essa categoria. Muito se debate sobre o acerto ou não dos fundamentos das diversas teorias sobre as penas disponíveis na literatura penal nacional e internacional. Desde o retributivismo se debate sobre sua adequação como hipótese de explicação do fenômeno pena criminal. De fato, o estudo é relevante, já que a pena criminal é um dos mais sérios instrumentos de coerção que dispõe o Direito Penal para se fazer cumprir.

Este trabalho pretende analisar a teoria da pena sob uma perspectiva criminológica crítica para que as disfuncionalidades latentes do sistema penal atual não venham a aumentar o estado policial contido dentro do estado de direito. O discurso unificado, que pretende ser afastado após releitura crítica, é utilizado pelos magistrados como o fundamento principal da pena privativa de liberdade porque possui inúmeros discursos

legitimadores – multidiscurso –, o qual o juiz pode escolher a seu bel prazer e privar o sujeito de seu bem maior, a liberdade. O objetivo deste trabalho é realizar uma crítica às funções declaradas da pena para, em seguida, formular um conceito crítico de pena baseado na dicotomia entre estado de direito/estado policial – defendido por Zaffaroni e Nilo Batista – e capital/trabalho assalariado – defendido por Juarez Cirino dos Santos.

O ponto de inquietude da pesquisa é: há razão nas formulações teóricas sobre a pena, ao menos no que se refere o discurso jurídico oficial? É possível que eles não expliquem o fenômeno pena? Por qual razão o Código Penal brasileiro, em ser art. 59 adota uma teoria unificadora? As críticas disponíveis na literatura penal conseguem definir com mais apego à realidade o que se entende como pena e seus efeitos?

O objetivo deste trabalho é realizar uma crítica às funções declaradas da pena para, em seguida, estabelecer um conceito crítico de pena baseado na dicotomia entre estado de direito/estado policial – defendido por Zaffaroni e Nilo Batista - e capital/trabalho assalariado – defendido por Juarez Cirino dos Santos.

1. AS FUNÇÕES OFICIAIS DA PENA E SUA UNIFICAÇÃO COMO DISCURSO OFICIAL ADOTADO PELO BRASIL.

Para tratar das funções oficiais da pena e de eventual unificação das funções como discurso oficial adotado pelo Brasil, é preciso conhecer, sobretudo, o conceito de política criminal. Não é uníssona a conceituação sobre a categoria. Nilo Batista, em seu recente livro sobre o tema, o descreve como a ciência política do poder punitivo. (BATISTA, 2022) Em outros termos, pode ser descrita como um conjunto de medidas estatais capazes de restabelecer o desequilíbrio social gerado pela superestrutura do capitalismo, fazendo com que fatores sociais negativos não constituam gravame na realidade social do sujeito. (BARATTA, 2013) E qual a razão de conhecer essa categoria? É que ela será o fundamento tanto para uma teoria negativa quanto para uma teoria materialista/dialética, a depender da descrição que se faça. Também a partir da compreensão da categoria, sobretudo a segunda descrição, que ficará exposta a fragilidade do sistema de justiça criminal. Como no Brasil não há esse conjunto de política públicas, o sujeito acaba sendo adelgado pela superestrutura do capital e é criminalizado pelo Estado em razão da sua pobreza.

O que há, portanto, é um mecanismo enviesado de solução do que se acha entender por questão criminal, que está no âmbito de incidência do poder punitivo estatal nos diversos degraus da política penal do Estado – desde a criminalização primária à fase executória da pena – e é a única forma adotada pelo Brasil para resolver a questão (BARATTA, 2013). Essas funções oficiais da pena – que serão abordadas durante o trabalho – constituem o preponderante modelo de controle da criminalidade (SANTOS, 2012) registrada, o qual o termo mais adequado é criminalização (BATISTA, 2006 *apud* BATISTA, 2015), cujo discurso múltiplo é o início da celeuma (BARATTA, 2013). Assim, na ausência de política pública capaz de diminuir as desigualdades sociais e oferecer melhoria de vida à população, a política adotada no Brasil e sobretudo na cidade do Rio de Janeiro é uma política pautada prioritariamente na aplicação do Código Penal aos vulneráveis e política de extermínio dos indesejáveis (ZACCONE, 2015) – que constituem a massa do clientelismo carcerário.

Há na literatura penal dois modelos discursivos sobre a pena criminal: um primeiro discurso legitimante, reproduzido por grande parcela da doutrina e pela jurisprudência nativa e um segundo discurso, deslegitimante, crítico das funções da pena, que é defendido por minoria da doutrina e não encontra amparo jurisprudencial no Brasil.

Dentro dessa perspectiva legitimante, diversos discursos são produzidos. O primeiro deles, entendido como uma teoria absoluta, pretende retribuir a pena em razão do injusto praticado pelo sujeito. Ou seja, o Estado impõe o encarceramento de um sujeito em razão da violação dos ditames sociais postos, em uma indireta defesa social. (ZAFFARONI; BATISTA, 2015) Os fundamentos que norteiam a retributividade são: a aplicação de uma pena – entendida como um mal – para garantir as questões éticas violadas em razão da prática de uma conduta que violou esse estatuto ético. Essa retribuição, desde talião, precisa ser equivalente ao injusto produzido. (SANTOS, 2012) É uma ideia baseada em uma intuição de justiça. (GRECO, 2012)

Na dinâmica brasileira, essa ideia de retributividade está prescrita no art. 59 do Código Penal, que é categórico ao afirmar que a pena aplica é a “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. A jurisprudência, também por isso, é farta quanto a aplicação do retribucionismo, pois encontra amparo legal. Como afirma majoritariamente a literatura, não há objetivo algum em retribuir um mal com outro mal. Não se pretende melhoramento do sujeito, não se pretende inoquização, nada. Essa a razão de ser chamada de teoria absoluta: não pretender consequências. (HASSEMER, 1986; ROXIN, 1997).

A segunda e a terceira funções estão presentes na ideia da pena como prevenção especial, respectivamente negativa e positiva. A prevenção especial negativa – que tem como modelo Raffaele Garofalo – se inicia com a criminalização secundária, na qual o Estado-Juiz condena o sujeito, e se completa com os técnicos das execuções penal, conforme artigo 1º da Lei de Execução Penal. (ZAFFARONI; BATISTA, 2015) Assim, a pena como função preventiva especial negativa tem como escopo a inoquização do sujeito através do encarceramento para que haja uma conservação do *status* da sociedade, devido a uma ação/omissão delituosa de um de seus membros (ROXIN, 1997). A prevenção especial positiva – cujos modelos são Enrico Ferri e von Liszt – atribui à pena uma função reparadora, mas não para o corpo social e sim para o condenado. Enquanto a modalidade negativa da prevenção prevê a inoquização do sujeito para que não volte a delinquir e, com isso, garante o corpo social, a modalidade positiva prevê a ressocialização, reeducação, reinserção e etc. do sujeito para que, cumprido o período de reclusão, volte a fazer parte do corpo social (BITENCOURT, 2010; SANTOS, 2012). Essa perspectiva é, em verdade, um viés positivista (ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Já as versões moralizantes buscam, como o próprio nome diz, realizar um *upgrade* moral do condenado para que o corpo social reconheça que aquela atitude ilícita e inferior está sendo, por parte do estado, renegada com o objetivo de um progresso ético (ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Essa ressocialização se dá através dos “ortopedistas da moral” (FOUCAULT, 1999).

O quarto e quinto fundamentos da pena encontram-se na função oficial de prevenção geral na modalidade negativa e positiva, respectivamente. A modalidade negativa – que tem como modelo Feuerbach e Romagnosi – possui três versões: todas tem em comum o objetivo da dissuasão e o caráter exemplar da pena, variando apenas o objetivo. A primeira versão busca assegurar os bens jurídicos de possíveis terceiros a partir dessa dissuasão para que não haja novas lesões a vítimas oriundas de processos miméticos. A segunda versão busca dissuadir porque houve uma lesão por desobediência objetiva e, portanto, a aplicação da pena se justifica para que terceiros observem o dever jurídico de obediência ao estado. Essas duas primeiras versões guardam absoluta similaridade com a teoria clássica (ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Uma terceira versão tem como objetivo dissuadir para alcançar a obediência ao estado e a segurança dos bens jurídicos de terceiros. Nessa versão aquele que viola a norma é entendido como possuidor de inferioridade ética e, por isso, a pena é justificada (ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Em resumo, ela prevê a dissuasão

daqueles que não são clientes do sistema carcerário através da intimidação, um terrorismo estatal ((ROXIN, 1997). Esse modelo requer um juízo de ponderação por parte do sujeito para que, ao final, chegue à conclusão de que as circunstâncias negativas do cometimento do crime sejam tão prejudiciais que sua prática não apresente benefício. Esse pensamento foi sustentado há muito por Beccaria em seu livro *Dei delitti e delle pene* (BECCARIA, 2012)¹, cujo lançamento é datado de 1964.

Tomando como ponto de partida a finalidade da prevenção geral negativa – dissuasão, terrorismo estatal e coação psicológica –, tem-se que a natureza rigorosa e exemplar da pena aplicada também seguiria a seletividade da estrutura punitivista posta (SANTOS, 2012), ou seja, incidiria sempre sobre os marginalizados (ZAFFARONI; BATISTA, 2015). No entanto, a seletividade ocorre também entre os sujeitos marginalizados e vulneráveis, de modo que há a escolha das obras delituosas mais grotescas. Isso, de modo algum, exemplariza a pena aplicada e dissuadi aquele que tem o *animus* de cometer o delito pois ele não se reconhece naquele tipo grotesco. Em realidade o que esse tipo de movimento faz é com que o delinquente busque formas não grotescas de realizar o injusto para que não seja, justamente, selecionado pelo sistema penal a fim de servir como exemplo a outros (ZAFFARONI; BATISTA, 2015).

A prevenção na modalidade positiva consiste no reforço à fidelidade da norma. É uma forma pós-moderna de tentar legitimar o poder punitivo (BITENCOURT, 2010, SANTOS, 2012; ZAFFARONI; BATISTA, 2015) e a política criminal do extermínio. Dela duas vertentes despontam. Na perspectiva de Jakobs – para quem a sociedade não é analisada de acordo com seus indivíduos e individualidades, mas sim em um conjunto, as ações individuais interferem no sistema, mas não são decisivas como no conceito de sociedade filosófico. Dessa forma as ações humanas surgem no sistema e, por consequência, geram uma expectativa a todos os integrantes que passam a ter duas opções: ou aceitam ou rejeitam a expectativa gerada. A decisão é coletiva. Jakobs entende que o crime seria a violação da norma e que a pena seria a resposta do Estado ao delinquente, demonstrando aos não delinquentes que a norma penal é válida (JAKOBS, 2003; BOZZA, 2007). Ou seja, é uma pretensão de conservação e reforço da confiança no ordenamento

¹ [...] o objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais dano à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhidas de maneira a causar mais forte e duradoura impressão na mente de outros, com o mínimo tormento ao corpo do criminoso. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Neury Carvalho Lima. 1ª ed. - São Paulo: Hunter Books. 2012, p. 37.

jurídico. A missão seria demonstrar a inviolabilidade desse ordenamento para que a sociedade, reforçando essa confiança. (ROXIN, 1997)

Há, ainda, a proposta de Claus Roxin, que defende uma teoria mista preventiva, que amalgama o fim especial e o fim geral. Para o autor, o fim da pena somente pode ser preventivo, já que somente haveria justificação quando pretenda a proteção da liberdade e da ordem social. Ou seja, o delito, nessa perspectiva, poderia ser evitado tanto na perspectiva individual quanto na perspectiva coletiva. Entretanto, havendo conflito entre as propostas preventivas, deve prevalecer a prevenção especial. (ROXIN, 1997)

1.1 Críticas necessárias ao discurso oficial da teoria jurídica da pena e a sua não recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro (ou o porquê a pluralidade de discursos é fundamental ao poder punitivo)

As críticas à todas essas funções da pena são muitas e serão abordadas neste trabalho, mas é importante ressaltar que elas ainda não constituem a hipótese negativa da pena. A crítica da literatura penal à função retributiva da pena é sobre seu objeto. Seria irracional (ROXIN, 1981) e incompatível com a democracia (TAVARES, 2011) a ideia de que o crime praticado deve ser anulado pela aplicação de uma pena, já que o Direito penal não deve ser utilizado para vinganças, mas sim para estrita proteção de bens jurídicos. Luís Greco afirma que, embora a literatura penal anti-retributivista seja uníssona sobre a crítica nesses termos – o que o autor reputa como argumento circular –, propõe um argumento de coerência que é pautado na lesão ao bem jurídico. Explica-se: a proposta retributiva pretende atribuir uma sanção em razão da prática de um injusto; essa sanção, para ser justificada, não precisa significar algum ganho, uma vez que a injustiça de certos atos praticados já seria sua justificativa, não importando se o injusto gerou um dano. Essa construção seria contrária à ideia do Direito Penal liberal de apenas sancionar condutas que gerem dano social ou uma lesão a um bem jurídico. (GRECO, 2012). A responsabilização do indivíduo deveria pautar-se em critérios jurídicos – em respeito àquilo que determina do princípio da lesividade (BATISTA, 2015, 2012; ROIG, 2015; ZAFFARONI; BATISTA, 2015) – e objetivos, não morais ou éticos – sempre subjetivos e que dão azo a arbitrariedades.

A neutralização do indivíduo na prevenção especial negativa, embora pareça inegável – já que sua execução impediria o sujeito de cometer novos crimes extramuros

(SANTOS, 2012) –, merece críticas: é bastante comum constatar que diversos sujeitos comandam operações descritas como criminosas de dentro do sistema prisional por sua própria falha e, havendo preenchimento dos critérios de autoria mediata por aparato organizado de poder, são considerados autores. (MUÑOZ CONDE, 2000; ROXIN, 2000; SCHÜNEMANN, 2002; ROXIN, 2008) E esse dado é impossível de ser ignorado na realidade social do mundo moderno. Logo, afirmar que a neutralização do condenado é um fato indiscutível e uma realidade é ignorar o cotidiano social, o que, por evidente, não cabe realizar neste *paper*. Ademais, a neutralização do sujeito, demonstrado equivocadamente como transgressor de um contrato social ao qual se obrigou e por isso deve respeitá-lo, traduz-se em sua remoção do corpo social porque desviante.

Os estudos científicos sobre a teoria da prevenção especial negativa mostram que, a partir da sua aplicação na década de 1970, o índice de criminalidade registrada cresceu em espiral, sendo diverso do objetivo proposto. Além disso, àquela época, chegou-se à conclusão de que a teoria ressocializante era uma utopia e que se constituía como um mito, em realidade. (MORSELLI, 1997). Em complemento aos argumentos trazidos, há ainda um defeito de caráter empírico em relação à teoria da prevenção especial que é explicitado a partir de três questionamentos: a) quais os critérios técnicos para se estabelecer quando um indivíduo está efetivamente ressocializado? A ressocialização se satisfaria com a não reincidência genérica? Ou seria necessário a reincidência específica? (HASSEMER, 1986). Parecem ser questionamentos de difícil resposta.

Os dados oficiais de quantitativo de população carcerária são dissonantes. O SISDEPEN informa, gráfico do mês de dezembro de 2019 – atualizado em 09 de abril de 2020 – o número total de 748.009 mil presos². Já o portal do Conselho Nacional de Justiça a partir das estatísticas do banco nacional de monitoramento de prisões – BNMP 2.0 – apontam um total de 858.521 mil presos³. Com um total de 433.648 mil vagas distribuídas

² Nesse quantitativo está incluso os presos dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Além dos presos provisórios, em tratamento ambulatorial e com imposição de medidas de segurança. Não estão inclusos os presos domiciliares. Conforme estatísticas do SISDEPEN de dezembro de 2019, atualizada em 09 de abril de 2020.

<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 15 de abril de 2020.

³ Conforme estatísticas do Banco Nacional de Monitoramento de prisões. <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em 15 de abril de 2020.

em 2.773 estabelecimentos prisionais⁴, o déficit de vagas é entre aproximadamente 416.172 mil vagas e 424.873 mil vagas se for considerada a informação do BNMP 2.0 e de 314.361 mil vagas e 305.660 mil vagas se for considerada a informação do SISDEPEN. O Estado de Pernambuco é a unidade da federação com maior déficit de vagas: 184,1%. O Rio de Janeiro tem 68,75%, enquanto o Rio Grande do Sul tem 51,37% de déficit. Os mandados de prisão em aberto totalizam 361.604 mil, conforme dados do BNMP 2.0. Somando o total de presos registrados nas estatísticas do BNMP 2.0 ao quantitativo de mandados em aberto – num exercício de reflexão hipotético de cumprimento dos mesmos –, teríamos o total de 1.220.125 milhões de presos. Utilizando as estatísticas do SISDEPEN, o quantitativo, nas mesmas condições, se elevaria a 1.109.613 milhões de presos. Igualmente assustador. Em histórico julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347, a Suprema Corte, quando do julgamento liminar, entendeu que o sistema penitenciário brasileiro ostenta condições medievais e está imerso num estado de coisas inconstitucional que viola inúmeros direitos humanos dos presos⁵.

O terrorismo estatal tem como fundamento a exemplaridade da pena, que nos remete aos tempos da inquisição e, portanto, viola, sem dúvidas, a dignidade humana pois castiga os reais futuros condenados de forma exemplar para que não haja possíveis futuros condenados em potencial. Logo, exaspera-se a punição de um para que os outros temam ser os próximos “bodes expiatórios” (HASSEMER, 1986). É a instrumentalização do ser humano. Se a doutrina rejeita a solução retributiva⁶ porque irracional e violadora de dignidade humana, não pode tomar a prevenção geral negativa como fundamento da pena em razão das críticas acima mencionadas. (MORSELLI, 1997)

Jakobs não explica a razão pela qual sua proposição adota a pena criminal como o instituto capaz de reestabelecer a confiança na norma. Os altos índices de criminalidade na

⁴ Conforme dados das inspeções nos estabelecimentos penais realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. < https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php > Acesso em 15 de abril de 2020. Já os dados do SISDEPEN indicam o quantitativo de 442.349 vagas distribuídas nas unidades prisionais conforme link da nota imediatamente acima.

⁵ STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 e conforme inteiro teor do acórdão publicado em 19 de fevereiro de 2016 no DJe, ATA nº 31/2016. DJe nº 31, divulgado em 18 de fevereiro de 2016.

⁶ E aqui ele utiliza-se de uma ideia neo-retributiva, que consiste, em linhas gerais, “no surgimento de uma profunda exigência de represália, voltada a desencadear sobre o réu as cargas agressivas suscitadas pela frustração derivada do alarme social ou coletivo”. MORSELLI, Élio*. A função da pena à luz da moderna criminologia. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, n. 19, a. 5, p. 42. Em outras palavras o fundamento da pena é calcado na raiz humana.

sociedade demonstram um alto número de transgressão da norma através de ações ou omissões delituosas. E isso quer dizer um cotidiano habituado à um ordenamento jurídico penal desestabilizado e com a regra da não punição. Ou seja, apesar das normas, na perspectiva de Jakobs, criarem expectativas, elas são diuturnamente ignoradas e vilipendiadas em razão da sua não aplicação. Disso, depreende-se que não são os crimes cometidos que abalam a confiança na norma, mas, sim aqueles delitos os quais foram selecionados pelo processo de criminalização. Em resumo, Jakobs ignora a cifra oculta da criminalidade e toma como verdade apenas os dados conhecidos em clara rejeição da realidade social (BOZZA, 2007).

A culpabilidade, na perspectiva de Jakobs, deixa de constituir-se como critério de aferição da responsabilidade pessoal e não é mais limite da sanção penal-estatal. Além disso, desloca o homem como fim em si mesmo para um objeto de realização de finalidade estatal. A utilização da teoria de Luhmann materializa o Estado como um fim em si mesmo e instrumentaliza o Direito para que conserve o modelo autoritário típico (BOZZA, 2007). Isso gera uma afronta sem igual à Constituição da República, seus valores democráticos e garantias fundamentais, tais quais os direitos humanos, o Estado Democrático de Direito etc. A apropriação da teoria sistêmica de Luhmann é apenas um subterfúgio para dar fundamento à pena e maquiar a realidade punitivista da sociedade que, dia após dia, vem crescendo (KARAM, 1991). Em oposição à teoria autopoietica e autoritária de Luhmann há um Estado democrático de direito – teoria heteropoietica – (FERRAJOLI, 2002). O contrário – que consiste na teoria sistêmica de Luhmann – levaria o direito penal à um autoritarismo extremo e prejudicial à saúde democrática (BOZZA, 2007).

Há, ainda, na proposta de Jakobs, uma ausência da conceituação de justiça (ROIG, 2015), o que representaria, caso presente, um critério importante para eventual justificação da pena – que carece de critérios objetivos para que seja materializada – como elemento valorativo único a ensejar sua legitimação (NEUMANN, 2006). A forma como Jakobs concebe a prevenção geral positiva é chamada também de social-tecnológica porque opera através de uma perspectiva sociológica-jurídica externa: exclui os cidadãos do discurso sobre os fins da pena e as regras sobre imputabilidade. Se há essa exclusão, então as regras de imputabilidade não são de conhecimento dos cidadãos (NEUMANN, 2006). Desta forma, a partir do momento em que a teoria retira da esfera de conhecimento dos cidadãos

as razões e a função latente da pena neste modelo, não pode funcionar como seu fundamento.

Por isso, a crítica trazida acima evidencia uma clara violação ao princípio da transcendência mínima da pena – ou, na realidade, a instituição da transcendência máxima, pois quão maior for o âmbito de incidência do efeito da pena, melhor seria para o *potestas puniendi* se proliferar e aumentar, ainda mais, o Estado policial. Nesses moldes, a pena supera os limites do apenado e da sua culpabilidade. E viola, porque permite legalmente – mas em desacordo com a Constituição –, um acréscimo de pena e, com isso, maior afetação do indivíduo e menos tempo de liberdade. Isso configura exatamente o oposto daquilo que a Constituição da República prevê.

O equívoco dos defensores da teoria preventiva-geral, como ensina Morselli, seria atribuir a consequência ética, a justiça, a fidelidade à lei, à autoridade do Estado e a segurança da ordem jurídica à função preventiva geral. Todos esses elementos seriam, em realidade, pertencentes a teoria neo-retributiva. Além disso, aqueles que criticam a concepção neo-retributiva erram porque só atribuem a ela uma perspectiva limitada e diferente da real. Em seu pensar o termo correto para a prevenção geral integradora seria retribuição integradora. A prevenção de “futuros delitos” nada mais é do que um “efeito induzido” da retribuição, no qual há um efeito negativo de aflição e um efeito positivo de sentimento coletivo de justiça. (MORSELLI, 1997)

A teoria do modelo preventivo-geral pretende um exercício de futurologismo, um prognóstico. Visa, de algum modo, evitar que o delito venha a se concretizar. Hassemer, ao realizar uma leitura conjunta das teorias relativas demonstra seus objetivos empíricos: a) que as normas tenham vigência na sociedade e que sua confiança nelas seja estável; b) que haja potencial diminuição da burla à norma e, por via de consequência, diminuição dos potenciais infratores e c) que os criminosos sejam corrigidos (HASSEMER, 1986). Tem-se então que, enquanto a prevenção geral negativa tenta inibir a realização de delitos através do terrorismo estatal – o que já vimos em nossa crítica não ser a realidade social –, a modalidade pós-moderna busca, através da satisfação social, exercer o terrorismo estatal. A realidade é que a modalidade pós-moderna nada mais é do que uma releitura da modalidade negativa que não obteve êxito.

Permitir que o Estado adote o discurso preventivo ou retributivo é chancelar o aumento do âmbito de incidência do Estado policial – que adota a política criminal de

extermínio – através de uma tutela de punição severa para que seus efeitos a todos alcance. O caso brasileiro é diferente. Aqui há a adoção da chamada teoria unificada, ou seja, a pena tem a função de retribuição e prevenção (geral e especial) ao mesmo tempo (SANTOS, 2012). Isso se dá na busca de que, unidas, as teorias se complementem e venham a corrigir os eventuais defeitos que isoladamente tenham. Logo, a pena analisada pela conjugação das funções representa o discurso oficial brasileiro e fundamento pelo qual a política criminal de extermínio é adotada. Mas, analisando cada função separadamente, retomariamos a primeira página deste capítulo, no qual é dito que o Direito Penal se realiza em três níveis, sendo o primeiro a definição de crimes, sustentada pela prevenção geral negativa que realiza verdadeiro terrorismo estatal. O segundo nível, encontra-se na aplicação da pena, que aqui tem como fundamento a prevenção geral positiva e a função retributiva, na qual a sentença penal irá cominar uma pena para retribuir o mal causado, além de reafirmar a validade da norma – utilizando-se, por exemplo, Jakobs. O terceiro nível ficaria a cargo da execução penal, fundamentada na prevenção especial negativa e positiva, tendo a primeira a ideia de inoquização do delinquente e a segunda a ressocialização, readaptação, e reeducação do indivíduo privado de sua liberdade (SANTOS, 2012).

A resposta oficial da política criminal, à primeira vista, parece perfeita. Ela cria um véu de medo na sociedade quanto a prática de crimes, pois nenhum cidadão gostaria de estar na condição de condenado, no qual sua pena é utilizada para reafirmar os valores sociais e retribuir a si um mal para que, na fase de execução, seja supostamente neutralizado e reeducado para tornar a viver em sociedade. O que ocorre é que, em realidade, os defeitos que se pretende sanar com a conjugação das teorias não desaparecem na teoria unitária, pois completamente excludentes e contraditórios entre si. O real motivo do Estado admitir diferentes funções declaradas para a pena é que, conforme o caso concreto e a seu bel prazer, é possível adotar cinco tipos de discursos legitimadores da pena e, com isso, prosseguir com a política criminal de extermínio dos vulneráveis. Essa se constitui como a disfuncionalidade da criminalização secundária protagonizada por um Estado policial cada vez mais forte.

A pena privativa de liberdade com as bases e fundamentos oficiais atuais não se realiza em nenhum nível constitucional e humano. Com todo o exposto, defende-se que as funções oficiais da pena não foram recepcionadas pela Constituição da República (ROIG,

2015) e, por isso, não devem ser utilizadas. É preciso, entretanto, aprofundar as divergências a partir de outras críticas, com base no funcionamento do capitalismo e com base na disputa de forças entre o estado policial e o estado de direito, para ao menos demonstrar que as formulações oficiais não realizam o que dizem realizar.

2. UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Neste capítulo serão abordadas duas teorias críticas da pena que, independentemente da adotada, pois redutoras do poder punitivo, servirão como fundamento para uma análise crítica e uma releitura da dosimetria da pena. Ambas, diferentemente do que acontece com as teorias positivas, não são excludentes entre si e, neste *paper* terá o leitor a possibilidade de entender o porquê.

2.1. Teoria negativa/agnóstica da pena

Essa crítica às hipóteses oficiais – ou funções positivas – da pena tem como principais conceitos as ideias de estado de polícia e estado de direito. É, digamos, um modelo teórico desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni, que descreve o estado de polícia como aquele cujo veredito do governante, *per se*, rege a vida em sociedade. Ou seja, é aquele modelo de estado no qual há uma verticalização e hierarquização social, tendo o governador, tal qual o leviatã, os poderes máximos de governança de uma sociedade, atuando de forma paternalista. (ZAFFARONI; BATISTA, 2015) É, assim, um modelo de estado onde o poder é *sub lege* (FERRAJOLI, 2002). O estado de direito, portanto, em método excludente, consiste num discurso positivo de limitação dos efeitos negativos do poder punitivo emanados do governante. Todos estes problemas das teorias positivas (absolutas e relativas) da pena são superados pela ideia negativa da pena, que trabalha a partir da negação das teorias positivas por não representarem a realidade dado seu fracasso. (ZAFFARONI; BATISTA, 2015)

Após criticar as funções aparentes/manifestas é necessário definir o instituto da pena desconhecendo as funções postas. No entanto, a via formal não serve para conceituar a pena uma vez que ela seria, tão somente, aquilo que as agências repressoras/políticas assim quisessem. Desta forma, para atingir o conceito de pena deve-se percorrer um conceito

ôntico-jurídico e, portanto, redutor. A partir desta perspectiva ôntica, têm-se que a pena, como fato de poder político, se constitui numa dor, através de retirada de direitos, que foi imposta por uma coerção estatal que, em oposição àquilo que acreditam as teorias positivas, não realizam reparação e, tampouco minimizam efeitos potencialmente lesivos. Ou seja, o instituto da pena criminal é alcançado através das críticas (já realizadas no capítulo anterior) e, por conseguinte, da exclusão, sendo a pena criminal o exercício de um poder (ZAFFARONI; BATISTA, 2015)

É de relevante importância que se chegue a um conceito de pena. No entanto, para atingir este objetivo deve-se analisar os momentos que a precedem. Neste momento este *paper* se refere aos processos de criminalização primária e secundária. Nenhum desses dois momentos de criminalização é controlado ou programado pelo Direito Penal, pois este apenas pode programar os atos decisórios das agências jurídicas do Estado no âmbito de proteção jurisdicional relativo ao processo de criminalização secundária. Essa programação não é no sentido de ampliar o conjunto de decisões criminalizantes e arbitrárias, mas sim reduzi-las a partir do poder dos juristas ((ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Por isto o que pretende o Direito Penal é a contenção do *jus puniendi* através das agências jurídicas (controladas pelo poder dos juristas) para emprestar musculatura ao estado de direito. O aumento no âmbito de incidência do estado de direito em detrimento do estado de polícia é uma efetiva defesa e consequente melhoria à segurança jurídica. Além disto o Direito Penal não serve à legitimação da criminalização (ROIG, 2015; (ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Na verdade, o que o sistema penal faz com maestria é a gestão seletiva das ilegalidades. (BATISTA, 2015) No entanto, o âmbito decisório das agências jurídicas é selecionado pelas agências políticas e executivas, de modo que aquela agência só concretiza sua influência sob um número reduzidíssimo de pessoas – as quais foram selecionadas em razão da sua vulnerabilidade⁷, condições sociais negativas ou eventual perda de proteção política ((ZAFFARONI; BATISTA, 2015). Parece claro que alimentar o estado policial ao invés do estado de direito, pela sua força que gera disfuncionalidades em todo o sistema, fulminará o estado de direito e eliminará não só a segurança jurídica como a proteção de todos os bens jurídicos. A pena, portanto, é um ato de poder político. Isso significa que a pena não possui nenhuma explicação racional ou lógica e se não se constitui como um poder legitimado⁸,

⁷ Naquilo que Zaffaroni/Batista intitulam de seleção criminalizante

⁸ Aquele que atua dentro do âmbito de poder que exerce.

logo, por exclusão, é um poder não-legitimado (ou arbitrário). A limitação do estado policial pelo estado de direito data desde o Tratado de Genebra, pactuado em 1949, o qual reconhece na guerra um exercício de poder arbitrário (ZAFFARONI; BATISTA, 2015).

O poder arbitrário, no contexto criminológico crítico da pena, baseada na teoria negativa/agnóstica, é o instituto da pena criminal. Já seu contrapoder – ou poder legitimado – seria o aumento das garantias individuais e coletivas, viabilizadas por um Direito penal liberal que busca o aumento da segurança jurídica, da proteção de bens jurídicos e, consequentemente, a diminuição do *potestas puniendi* e suas gritantes disfuncionalidades. É o Direito penal com sua real função de contenção de poder punitivo que atua como poder legitimado. Não é necessário adotar quaisquer teorias positivas da pena com o intuito de invocar um Direito Penal liberal. Em realidade, as mencionadas teorias positivas flertam com um Direito Penal contratualista e, portanto, autoritário. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015) Não é necessário adotar quaisquer teorias positivas da pena com o intuito de invocar um Direito Penal liberal⁹. Em realidade, as mencionadas teorias positivas flertam com um Direito Penal contratualista e, portanto, autoritário.

2.2. Teoria materialista/dialética da pena

A seguir serão apresentados e analisados os pensamentos da teoria materialista/dialética, defendida por Juarez Cirino dos Santos a partir de funções ilusórias e reais, baseando-se na sociedade capitalista moderna. Como já dito, esta teoria nada de excludente possui com a teoria negativa/agnóstica da pena. Ambas se constituem como teorias redutoras do *jus puniendi* estatal, no entanto partem de perspectivas distintas quanto à realidade social. A primeira baseia-se, como visto, na dicotomia entre estado de direito e estado policial, com a presença das agências extrajurídicas e jurídicas, na qual esta última é gerida pelos juristas. A segunda baseia-se numa realidade da sociedade capitalista moderna,

⁹ “Deve ficar claro que o direito penal do Estado de Direito ou direito penal de Direitos Humanos (“direito penal liberal” em sentido técnico), tem entre suas principais características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas etc. A este direito penal de Direitos Humanos (“direito penal liberal”, em sentido técnico) costuma-se opor o direito penal autoritário.” ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 11^a ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 292. Vale também a leitura quanto a distinção entre estado de direito e estado “gendarme”, na mesma página.

a partir de uma visão burguesa de tempo, na qual a pena assume critérios econômicos. (SANTOS, 2012)

A natureza latente da pena criminal, de acordo com a teoria materialista/dialética, pode ser explicada pelo instituto da retribuição equivalente, escorando-se no controle seletivo da criminalidade e na afirmação da ideologia dominante como discurso oficial legitimante das funções latentes. O instituto da retribuição equivalente, embora *prima facie* se assemelhe à retribuição de culpabilidade da função declarada da pena criminal, com ela nada guarda correspondência. E isto ocorre porque a perspectiva é totalmente diversa (SANTOS, 2012).

Não se trata de uma teoria positiva na qual, em razão do cometimento de um delito (entendido como um mal) há a aplicação de outro mal (entendido como um bem necessário à reparação do mal pretérito), mas sim de uma teoria negativa, com explicação política do conceito jurídico-econômico da pena. Seria ela uma equivalência jurídica das relações de produção da sociedade capitalista moderna, cujo cerne fundante é o capital/trabalho assalariado, na qual são produzidas e colocadas em circulação mercadorias (SANTOS, 2012).

Se uma economia pode ser definida pelos seus modos de produção, assim também é a vida humana, a qual é altamente influenciada pela superestrutura econômica. Com isto, o modo de produção da vida material humana é a forma que determina as relações da vida humana em seus diversos âmbitos – econômicos, sociais, políticos etc. Assim, depreende-se que o ser humano não forma sua capacidade intelectual a partir de si, mas, sim, a partir do meio no qual está inserido. Este modo de produção possui, em seu interior, a dicotomia entre forças produtivas e relações de produção. Essa dicotomia funciona bem até dado momento, quando, em razão do desenvolvimento natural, elas colidem e, neste momento, as relações de produção impedem a continuidade do desenvolvimento (SANTOS, 2012).

A retribuição equivalente baseia-se, na perspectiva econômica, na realização de um determinado trabalho por um sujeito e, a partir disso deve ele - excluídas, por evidente, a mais-valia e o lucro - receber um determinado valor em equivalência ao trabalho realizado. Ou, ainda, utilizando-se do mesmo raciocínio, na hipótese da mercadoria, o recebimento do valor equivalente, na modalidade preço – também excluído o lucro (SANTOS, 2012). Assim também é feito no sistema penal. Nessa relação entre as superestruturas do Direito (penal) e da Economia (capitalista), a pena criminal está baseada. Num capitalismo avassalador que

influencia todas as instâncias científicas, o tempo será a pedra angular da categoria da pena (RUSCHE/KIRCHHEIMER, 2004). Pois a sobrevivência do sistema depende da subtração do esforço produtivo do outro (BATISTA, 2015). Logo, a retribuição equivalente da superestrutura do Direito Penal – que serve de fundamento legitimante da superestrutura do capitalismo (BATISTA, 2015) – consiste na aplicação da pena criminal em relação ao cometimento do delito. A pena constitui-se como valor de troca do crime, medido pelo tempo que o sujeito permanece com seus direitos privados (SANTOS, 2008).

Têm-se a pena criminal como retribuição equivalente representando a igualdade formal – que esconde a subserviência do cárcere como instituição repressiva-disciplinar que se transforma em fábrica de trabalhadores – e por outro lado tem-se o salário como medida de retribuição equivalente do trabalho. Isto, por evidente, se opera numa condição de fictícia igualdade e liberdade entre a casta mais pobre e a casta mais abastada, nomeadamente vendedor da força de trabalho e proprietário dos meios de produção (SANTOS, 2012). Essa última relação encobre a realidade por detrás dos processos produtivos da sociedade capitalista moderna que tem nos institutos econômicos de interesse da casta burguesa – mais-valia e lucro – a retribuição desigual e a colocação do vendedor da força de trabalho em posição de subserviência fática ao capital. Isto ocorre em razão da imprescindibilidade da moeda para manutenção da vida humana. A fábrica, então, realiza o trabalho do cárcere ao aprisionar o trabalhador (SANTOS, 2012) com objetivo claro de produzir corpos dóceis (FOUCAULT, 1999) a partir da sua dominação (BATISTA, 2015).

Assim como existe no pensamento da teoria materialista/dialética o valor de troca da pena criminal em relação ao crime como justiça retributiva de equivalência, há, também, a construção teórica quanto ao valor de uso da pena criminal. Enquanto aquele se relaciona com uma retribuição equivalente, este está relacionado às funções de prevenção especial e prevenção geral. No entanto, não na perspectiva das funções declaradas, mas sob a ótica de uma função real que consiste na disciplina da classe subalterna do proletariado (prevenção especial negativa e positiva) e a manutenção do *status quo* da ordem capitalista (prevenção geral positiva e negativa) (SANTOS, 2012), porque a cadeia punitiva é absolutamente dependente do controle e da disciplina impostas pelo mercado produtivo (BATISTA, 2015).

Então, o valor de uso, se observado a partir desta nova perspectiva, traz à lume as funções latentes de controle seletivo da criminalidade e de manutenção de seus *status* capitalista opressor (SANTOS, 2012; BATISTA, 2015). Mas, se analisado sob a perspectiva

das funções manifestas, nada tem a acrescentar pois as teorias preventivas constituíram verdadeiro fracasso, sobretudo quanto à função preventiva positiva que pretende a ressocialização do condenado.

Quanto ao fenômeno da readaptação social ou ressocialização – correspondente ao momento da execução penal -, padece de enorme problema. Esta readaptação mostra-se impossível pois a pena privativa de liberdade põe o sujeito no estado de coisas inconstitucional do cárcere, promovendo uma verdadeira desculturação dos valores até aqui conhecidos por ele para, em seguida, realizar uma aculturação que permitirá, assim, que vivencie e sobreviva à realidade da prisão. O que acontece, em realidade, é que ao perder os valores que vigoravam na realidade social o sujeito encontra-se em verdadeira condição adversa e, para viver no cárcere, o sujeito necessita aprender os valores da realidade prisional. Com isso, quando cumpre o tempo estabelecido pela sentença criminal e volta à vida social, não mais reconhece aqueles valores – já perdidos em razão da transformação – e passa a encontrar-se em nova situação adversa. (BARATTA, 2013).

Após o processo de dupla transformação social o sujeito, após cumprida a pena criminal, encontra no corpo social uma completa rejeição a si em razão do cometimento do delito – selecionado pelo processo de criminalização primária e completado pela criminalização secundária e a agência executiva. Esse processo, que impede a reinserção ao corpo social – pretendido pelo discurso oficial – faz com que o sujeito fique ainda mais vulnerável ao sistema capitalista, fazendo com que seu esforço por vulnerabilidade seja sobremaneira menor, afetando a culpabilidade e, portanto, a teoria do delito, que culmina na eventual aplicação da pena (ZAFFARONI; BATISTA, 2017)

Como para a teoria materialista/dialética as bases da teoria da pena são observadas sob um viés jurídico-econômico, o Direito Penal realiza três níveis: o de conceituação/criação de crimes, o da aplicação da pena e o da fase executória da pena. No entanto, as razões de cada nível são evidenciadas, como dito, pela lógica da sociedade capitalista moderna. Portanto o primeiro nível constitui a proteção seletiva de bens jurídicos da casta mais abastada, hegemônica e das classes que dominam o poder político. O segundo nível constitui a seleção de indivíduos ausentes da classe hegemônica e da classe política e o terceiro nível constitui a repressão, também seletiva, de sujeitos ausentes do mercado de trabalho (BARATTA, 2013).

O Direito Penal desigual e seletivo realizaria, além disso, uma dupla função: a) a função política de manter a escala vertical e b) uma função ideológica de ocultar, a partir da função ilusória, as ações dos grupos econômicos e politicamente favorecidos (SANTOS, 2012). O que há, em verdade, no primeiro nível do Direito Penal, se observarmos pela perspectiva de Zaffaroni é a realização da criminalização primária (ou uma seleção penalizante) do Estado, que define crimes. Sendo certo que crime é tudo aquilo que o poder político¹⁰ assim desejar. Se assemelha, de alguma maneira, ao defendido por Santos, com exclusão da concepção ideológica. No segundo nível há a ocorrência da criminalização secundária¹¹, também sem o viés ideológico. No terceiro nível ocorreria a ação da agência penitenciária, ao momento de execução da pena. (ZAFFARONI; BATISTA, 2015)

As duas teorias, mesmo partindo de premissas diversas, buscam reduzir e defender o cidadão contra as arbitrariedades do estado policial a partir do reforço das garantias individuais. Independente da teoria crítica adotada, será possível uma aplicação da pena criminal com contenção do poder punitivo. É possível, ainda, adotar ambas para compreender a pena a partir da superestrutura econômica e como ato de poder político (ROIG, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou, primeiro, estabelecer as bases das teorias oficiais: a teoria retributiva (ou absoluta) e as teorias preventivistas (ou relativas), demonstrando que as primeiras são absolutas justamente por não pretenderem nenhum objetivo/consequência e que apenas desejam retribuir a aplicação de um mal com outro mal e as segundas, embora mais modernas, são relativas por pretenderem uma consequência com sua aplicação – seja coerção estatal, melhoramento ético etc.

Dentre as diversas críticas colocadas, a que mais expõe os problemas das teorias positivas é justamente o seu caráter anticientífico e indemonstrável. Para que uma teoria ou modelo se pretenda universal, precisa ser demonstrável e científico. As teorias positivas carecem desse elemento de cientificidade fundamental, o que as transforma em modelos

¹⁰ “Em geral são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária [...]”. ZAFFARONI et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. 2015. p. 43

¹¹ “[...] a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente” *Ibid.*

desconectados à realidade em que operam, sem que expliquem o real funcionamento da pena. Podem ser consideradas, no máximo, uma hipótese de seu funcionamento.

Embora as críticas doutrinárias estejam postas há algum tempo, o legislador compreendeu por necessário adotar uma teoria unificadora, que retribuísse o injusto causado a partir da retribuição da culpabilidade e que também tivesse pretensões preventivistas gerais e específicas. A adoção parece tentar eliminar as falhas de cada proposta isoladamente considerada, além de formar um discurso jurídico-penal suficiente para ampliar as possibilidades de legitimação do *potestas puniendi*.

As duas teorias negativas apresentadas não parecem ser incompatíveis. A sentir desta pesquisa, são críticas em relação às hipóteses oficiais pautadas a partir de perspectivas diversas. Uma está pautada na crítica ao capitalismo moderno e todas as relações de poder que estão nele inseridas, em um interessante paralelo entre valor de troca, valor de uso e pena criminal. Outra tem como foco as relações de poder travadas no seio do estado de direito, em uma constante tensão para evitar a irracionalidade do poder punitivo que, no limite, eliminaria o próprio estado de direito e a proteção dos bens jurídicos. São, assim, compatíveis entre si e, ao contrário do discurso oficial, muito mais atentas à realidade social e ao funcionamento da sociedade, sem discursos fantasiosos. Por todos esses aspectos, conclui-se que as teorias declaradas da pena, em toda sua amplitude, não podem ser admitidas como válidas, uma vez que seus pressupostos não se confirmam e permitem uma aplicação disforme do instituto da pena e da sua dosimetria.

A adoção de uma teoria da pena sob uma perspectiva redutora se mostrou de fundamental importância para a correção das disfuncionalidades que o *potestas puniendi* apresenta em suas diversas formas de agir. A partir dela, e por evidente, de toda a desconstrução a qual ela submete as propostas tradicionais, é possível vislumbrar um diferente conceito de pena, que permitirá criar bases sólidas para uma mudança nos limites, princípios e parâmetros existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. - Rio de Janeiro: Revan. 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. 2. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BATISTA, Nilo. Capítulos de política criminal. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 15. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Günther Jakobs. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, v. 26, a. 7, jul. /set. 2007.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal do inimigo e direitos fundamentais. Revista dos Tribunais, n. 862, v. 96, 2007.

DIETER, Maurício. O Direito penal do inimigo e a controvérsia. Revista Estudos Criminais, n. 32, v. 9, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. Vários colaboradores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. Direito penal como crítica da pena. Madri: Marcial Pons, 2012.

HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? *. Justitia, São Paulo, v. 134, a. 48, abr./jun. 1986. *Notas colhidas pelo Promotor de Justiça Hugo Nigro Mazzilli na palestra proferida pelo Prof. Dr. Winfried Hassemer, na Faculdade de Direito da USP, em 19 de setembro de 1984.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *In*: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1991.

MARTÍN, Luís Garcia. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Trad. Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORSELLI, Élio*. A função da pena à luz da moderna criminologia. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, n. 19, a. 5, jul. /set. 1997. Redação revisada pelo Prof. Dr. José Henrique Pierangeli.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Domínio de la voluntad em virtud de aparatos de poder organizados em organizaciones <no desvinculadas del Derecho>?* Revista Penal, nº 6, jul. 2000.

NEUMANN, Ulfrid. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 teses*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, n. 63, a. 14, nov. /dez. 2006. Traduzido do original *Normative Kritik der positiven Generalprävention. - 10 Thesen* – por Antônio Martins.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. Autoria Mediata por Meio do Domínio da Organização. Trad. José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, José Danilo Tavares (Coords.). Temas de Direito Penal – Parte Geral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *La determinacion de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*. In: Culpabilidad y prevención em derecho penal. Trad. e notas de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981.

ROXIN, Claus. Autoría y domínio del hecho en derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. T. I. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. La determinacion de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. In: Culpabilidad y prevención em derecho penal. Trad. e notas de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Trad. rev. e notas Gizlene Neder. 2. ed. - Rio de Janeiro: Revan. 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. 3. ed. - Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 5. ed. Conceito editorial: Florianópolis, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 55, Fasc/ Mes 1, 2002.

SISDEPEN, 2020.
<<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZTIkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em 15 de abril de 2020

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). Cem anos de repressão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZACCONE, Orlando. Indignos da Vida: A desconstrução do poder punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – I. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – II. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal: parte geral. 11. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.