

DOGMÁTICA PENAL CRÍTICA E DESLEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO: UMA RESENHA CRÍTICA DA TEORIA NEGATIVA/AGNÓSTICA DA PENA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

*CRITICAL CRIMINAL LAW AND PUNITIVE POWER'S DE-LEGITIMATION:
A CRITICAL REVIEW ON THE PUNISHMENT'S NEGATIVE/
AGNOSTIC THEORY BY EUGENIO RAÚL ZAFFARONI*

RAFAEL DA ESCÓSSIA LIMA

Doutorando e Mestre em Artes Visuais (2022) pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília (2022). Bacharel em Direito (2017) pela Universidade de Brasília. Artista interdisciplinar e pesquisador.

Lattes: [lattes.cnpq.br/4013730593193712].

ORCID: [orcid.org/0000-0002-5255-0018].

rafaeldaescossia@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v196i196.346].

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Esta resenha consiste em uma crítica à teoria negativa/agnóstica da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, a partir de diálogos com escritos de Achille Mbembe, Ana Luiza Flauzina e Jota Mombaça. Amparado no déficit identificado por Flauzina no pensamento criminológico crítico latino-americano, que se furta a reconhecer o racismo como eixo estruturante do sistema penal brasileiro, bem como na ideia de soberania estatal na colônia como exercício da necropolítica, questiono o agnosticismo da teoria e sugiro o caráter complementar dos modelos ideais de "estado de direito" e de "estado de polícia" propostos por Zaffaroni, bem como das supostas pressões legitimantes (inumanas) e deslegitimantes (humanas) do poder de punir. Discuto, ainda, o papel da pesquisa jurídica e das Faculdades de Direito na produção dogmática.

ABSTRACT: This paper is a critical review of Eugenio Raúl Zaffaroni's negative/agnostic punishment's theory, based on writings by Achille Mbembe, Ana Luiza Flauzina and Jota Mombaça. From the deficit identified by Flauzina in South American Critical Criminology (which refrains from recognizing racism as a structuring axis of the Brazilian penal system) and the idea of sovereignty as the exercise of necropolitics in the colony, I discuss the theory's agnosticism and suggest the complementarity of Zaffaroni's ideal models of 'rule of law' and 'police state', as well as the legitimizing (inhuman) and de-legitimizing (human) pressures on the punitive power. I also question the role of juridical research and Law schools in doctrinal production.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria negativa/agnóstica da pena – Zaffaroni – Criminologia crítica – Dogmática penal – Racismo.

KEYWORDS: Punishment's negative/agnostic theory – Zaffaroni – Critical Criminology – Criminal Law – Racism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A contribuição de Zaffaroni para a dogmática penal latino-americana. 3. Estado de direito e estado de polícia. 3.1. A soberania estatal na colônia como exercício da necropolítica. 3.2. Direito penal de ato e de autor. 4. Nomeando a norma para superar o agnosticismo da pena. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este texto consiste numa resenha crítica da teoria negativa/agnóstica da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, a partir de diálogos com escritos de Achille Mbembe, Ana Luiza Flauzina e Jota Mombaça. A teoria pode ser encontrada no tratado “*Derecho Penal: Parte General*”¹, cuja primeira edição foi publicada em Buenos Aires no ano de 2000 e traduzida para o português no primeiro volume do livro “Direito Penal Brasileiro”, assinado em coautoria com Nilo Batista. Optou-se também por analisar o texto “Direito Penal Humano ou Inumano?”, publicado inicialmente em 2014 na “*Revista de Derecho Penal y Criminologia*”, em que se pode ter acesso a uma versão mais atualizada da crítica dogmática³ de Zaffaroni.

Na seção 2 deste artigo, serão expostas brevemente algumas bases conceituais da teoria negativa/agnóstica da pena, com ênfase nas opções construtivas por uma dogmática herdeira do Direito Penal liberal sob novas bases importadas dos dados de funcionamento do sistema de justiça criminal e da crítica criminológica. Dessas bases, bem como do conceito de pena que lhes é proveniente, desdobra-se um horizonte de projeção desse saber, a partir de que se identificam, segundo Zaffaroni, leis penais manifestas e/ou latentes.

Na seção 3, será analisado o antagonismo proposto pelo autor entre modelos ideais de estado presentes no seio do Estado Democrático de Direito, quais sejam, o “estado de direito” e o “estado policial”. Essa oposição é importante em seu pensamento para descrever supostas pressões legitimantes (inumanas) e deslegitimantes (humanas)

1. ZAFFARONI; et al., 2001, p. 35-70.

2. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 79-141.

3. Para os presentes fins, os termos “direito penal”, “discurso jurídico-penal”, “saber penal”, “dogmática penal” ou ainda “doutrina penal” são tidos como sinônimos.

de poder punitivo a serem desdobradas das escolhas epistemológicas e teleológicas das proposições político-doutrinárias.

Com base nos textos “Necropolítica”, de Achille Mbembe, e “Corpo negro caído no chão”, de Ana Flauzina, critica-se, nas subseções 3.1 e 3.2, essa suposta contradição entre modelos ideais de Estado, não como antagonismo, mas como relação de complementariedade depreendida da noção de soberania estatal na colônia: exercício da necropolítica segundo um projeto genocida de extermínio das dissidências em relação à “matriz cisbranca de produção de subjetividade”⁴.

Na seção 4, oponho o caráter agnóstico da teoria da pena de Zaffaroni a escritos de Jota Mombaça, apontando o racismo como função latente da pena no Brasil. Associo essas investigações ao déficit identificado por Ana Flauzina no pensamento criminológico crítico, que, segundo ela, “continua subaproveitado, em análises fortemente comprometidas com a sustentação do mito da democracia racial”⁵.

Por fim, realizo alguns apontamentos sobre a suposta inexorabilidade da produção dogmática no meio acadêmico, lançando alguns questionamentos à pesquisa jurídica e ao papel imaginativo das Faculdades de Direito e universidades.

2. A CONTRIBUIÇÃO DE ZAFFARONI PARA A DOGMÁTICA PENAL LATINO-AMERICANA

Eugenio Raúl Zaffaroni, um dos mais importantes penalistas latino-americanos, apresentou contribuição importante ao repensar os institutos jurídico-penais (alemães⁶) a partir de uma perspectiva marginal e fortemente influenciada pela Criminologia Crítica, propondo categorias próprias à realidade sociológica da América do Sul, tais como a culpabilidade por vulnerabilidade⁷.

Entendendo que os sistemas penais são dotados de vícios estruturais que “cancelam o discurso jurídico-penal”⁸, Zaffaroni defendeu um esvaziamento teleológico da pena e do poder punitivo (teoria negativa) referido ao fracasso de suas teorias positivas ao redor de funções manifestas (ressocialização, intimidação/

4. MOMBAÇA, 2017.

5. FLAUZINA, 2006, p. 13-14.

6. ZAFFARONI, 2015, p. 37.

7. Vide: ZAFFARONI, 2004.

8. ZAFFARONI, 1991, p. 15.

dissuasão, neutralização/eliminação, reforço simbólico da confiança na norma)⁹ e à impossibilidade de conhecimento das funções latentes em sua totalidade¹⁰ (teoria agnóstica).

Consequentemente, o papel da dogmática como orientação e sistematização das decisões judiciais estaria limitado à inevitabilidade do processo jurisdicional, sempre “mal”, porém menos “mal” que as decisões arbitrárias das demais agências responsáveis pela criminalização, sejam elas o Poder Legislativo, os órgãos policiais ou as instituições carcerárias, por exemplo. Caberia, assim, ao Poder Judiciário e (na melhor das hipóteses) à dogmática limitar a irracionalidade operativa em curso¹¹ mediante supostas pressões deslegitimantes (ou humanas, como traz mais recentemente¹²).

De maneira semelhante à passagem da Criminologia liberal à Criminologia crítica, no âmbito da sociologia criminal contemporânea, com fulcro nas teorias da criminalidade e da reação penal baseadas sobre o *labeling approach* e nas teorias conflituais¹³, opõe-se à teoria jurídico-penal desincorporada dos dados de funcionamento do sistema de justiça criminal uma suposta “dogmática crítica”, da qual Zaffaroni pode ser considerado expoente. A opção construtiva, como ele chama, pela absorção da operacionalidade concreta do sistema penal conduziria, além do já mencionado reconhecimento de que a pena, na maioria dos casos, não pode cumprir as funções manifestas que lhe são atribuídas, a um retorno ao Direito Penal liberal em novas bases¹⁴, quais sejam:

a) assumir a seletividade do controle, sua incapacidade de resolver conflitos, seu efeito destrutivo sobre as pessoas criminalizadas, além da imensa dimensão do poder punitivo latente (não-oficial); e

b) legitimar o aumento do poder das agências jurídicas por respeito à restrição da criminalização e, assim, limitar a legitimação discursiva do direito penal ao poder de redução da violência e demarcação de tais agências, ou seja, condicionar o aumento do poder direito do discurso jurídico-penal ao seu suposto potencial deslegitimante no processo de criminalização secundária.

Dessa forma, Zaffaroni propõe um conceito de pena como mero exercício de poder, uma “coerção que priva direitos e inflige uma dor sem buscar seja um fim

9. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 114-130.

10. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 98 e 74.

11. ZAFFARONI, 1991, p. 246.

12. ZAFFARONI, 2015.

13. BARATTA, 2011, p. 159.

14. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 74-77.

reparador seja a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente”¹⁵. Entendendo a pena como expressão do modelo punitivo de decisão de conflitos, que não os resolve, mas os suspende no tempo, o autor identifica as leis penais como aquelas que, de ponto de vista formal, programam a decisão de conflitos segundo a natureza punitiva, podendo o ser manifesta e/ou latentemente.¹⁶

Como consequência, desdobra-se o horizonte de projeção do Direito Penal, assim como sua teoria, que abrangeria não apenas as leis explicitamente penais (tais como o Código Penal, entendido como núcleo da programação criminalizante), como também as leis eventualmente penais e aquelas que se revestem de roupagem reparativa ou conciliatória, por exemplo, mas acabam por ter desempenho punitivo ao serem habilitadas.¹⁷ Do ponto de vista dos órgãos jurisdicionais, lhes competiria, nos casos das leis ilicitamente penais, declarar sua inconstitucionalidade mediante “programa de luta pelo poder jurídico de limitação e redução, que se sintetizaria numa formidável pugna pela progressiva realização do princípio da subordinação máxima à lei penal”¹⁸.

3. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE POLÍCIA

“Não é possível precisar o conceito de pena sem examinar bem mais perto a função política do direito penal, o que não é factível sem aprofundar a ideia de estado de polícia e estado de direito”¹⁹, entendidos por Zaffaroni como modelos ideais antagônicos presentes no Estado Democrático de Direito e “em qualquer tipo de poder político institucionalizado na forma de Estado”²⁰.

Tocaria ao Direito Penal, segundo o autor, a defesa do estado de direito, que é caracterizado por uma justiça procedimental e fraterna, em que as decisões são tomadas pela maioria, respeitando-se os direitos da minoria e as regras anteriormente acordadas. A habilitação do poder punitivo, por outro lado, corresponderia à legitimação dos componentes do estado de polícia, tais como submissão à lei como obediência ao governo, pertencimento da consciência do bom à classe hegemônica, tendência a uma justiça substancialista, verticalização e autoritarismo do poder, paternalismo, moralismo.²¹

15. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 87.

16. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 87-90.

17. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 89-90.

18. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 100.

19. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 93.

20. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 95.

21. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, pp. 93-96.

Mais recentemente, Zaffaroni oferece uma dicotomia entre “Direito Penal humano e inumano” para pensar, respectivamente, esses vetores deslegitimantes e legitimantes sobre o poder punitivo, isto é, pulsões históricas de avanço e retrocesso do estado de direito. O desenvolvimento do Direito Penal moderno (liberal) teria se dado pelo espanto diante da barbárie do poder de polícia, pelo medo e horror diante dos erros do Antigo Regime²². Esses Direitos Penais, aparentemente antagônicos, todavia, são descritos por Zaffaroni como dois lados de uma moeda metafórica.²³

Essa imagem parece remeter a uma unidade retrovalidada (até mesmo) pelos discursos críticos, cuja mútua imprescindibilidade entre estado de direito/direito penal humano e estado policial/direito penal inumano configura um pano de fundo de silêncio não problematizado no plexo epistemológico do Estado, que remete não apenas às revoluções burguesas e à derrocada do Antigo Regime, mas à própria noção de soberania estatal construída séculos antes, concomitantemente às Grandes Navegações e ao confronto com as comunidades originárias no Sul global.

3.1. A soberania estatal na colônia como exercício da necropolítica

Segundo escreve Achille Mbembe no ensaio “Necropolítica”, o Estado europeu (de que a República Federativa do Brasil é herdeira) e sua ordem jurídica de inscrição (*jus publicum europaeum*) fundaram-se a partir de dois princípios-chave: a igualdade jurídica aos Estados (como modelos “de unidade política, princípios de organização racional, personificação da ideia universal e símbolos de moralidade”); e a territorialização do Estado soberano.²⁴

Como desdobramento desses princípios, o Estado poderia negociar a guerra e a paz (direito de guerra). Não seria a ele lícito fazer reivindicações para além de suas fronteiras, mas não reconheceria, em seu território, nenhuma autoridade maior. O Estado, ainda, se “comprometeria a ‘civilizar’ os modos de matar e atribuir objetivos racionais ao ato de matar em si”.²⁵

Destaco aqui duas consequências importantes da territorialização da soberania do Estado. A primeira foi a formação de duas ordens paralelas: a europeia (sob a imperatividade do *jus publicum*) e o resto do mundo, sujeito à apropriação colonial. De um lado, portanto, pode-se falar em guerra legítima entre Estados “civilizados”;

22. ZAFFARONI, 2015, p. 29 e 38.

23. ZAFFARONI, 2015, p. 31.

24. MBEMBE, 2016, pp. 133 e 135.

25. MBEMBE, 2016, p. 133.

de outro, constante estado de exceção na colônia, que é zona de “hostilidade absoluta que coloca o conquistador contra o inimigo absoluto”²⁶. Não é possível distinguir com clareza o “inimigo” do “criminoso” na colônia, onde o direito soberano de matar não está submetido a qualquer regra, não há distinção entre guerra e paz, o massacre e a burocracia sintetizam-se em um poder que se exerce à margem da lei.²⁷

Diante de uma vasta maioria de mortos-vivos, em “estado de injúria”²⁸, o *status* político de ser humano (cishomem eurobranco) constrói-se, segundo Jota Mombaça, como “matriz de produção de subjetividade”²⁹ privilegiada, enquanto as pessoas que lhe são dissidentes são submetidas a um contínuo processo de morte em vida, que não se resume, embora possa também abarcar, a morte do corpo. Essa disforia generalizada na colônia reduz o “outro” a uma coisa imbrincada no “sistema produtivo que continua a obra da escravidão na medida em que faz coincidir processos de extração de valor com um regime de violência” contra pessoas negras³⁰, indígenas, racializadas, trans, empobrecidas e outras tantas³¹.

Uma segunda consequência da territorialização da soberania estatal é a formação do substrato para o conceito de direito subjetivo, a ser desenvolvido séculos depois no marco do Direito Penal moderno. Segundo a tese iluminista cunhada em 1801 por Feuerbach, o delito pressupunha a lesão a direito subjetivo, uma violação ao direito individual do ofendido de exercer sua liberdade em face da ação de outrem. Partia-se do pressuposto de um estado de igualdade de direitos entre os cidadãos (perspectiva contratual) e que a simples violação de um dever jurídico sancionado criminalmente não poderia ensejar a criminalização;³² mas a pessoa portadora do direito subjetivo poderia exigir ou não a realização de uma conduta do indivíduo portador da obrigação³³.

Até que ponto, no entanto, esse conceito se estende, ou sequer se pretendeu um dia a estender, à clientela preferencial do poder de punir nacional, sempre à margem da razão e da “humanidade”? Nessa contradição ficcional entre a programação jurídica, seu discurso e o exercício do poder punitivo, situa-se o Direito Penal brasileiro,

26. MBEMBE, 2016, p. 134.

27. MBEMBE, 2016, p. 132.

28. MBEMBE, 2016, p. 131.

29. MOMBAÇA, 2017.

30. MOMBAÇA, 2020, p. 6.

31. MOMBAÇA, 2016, p. 15.

32. TAVARES, 2003, p. 183.

33. TAVARES, 2015, p. 10.

de matriz colonial/europeia³⁴ e habitante de um mundo em que a máxima expressão da soberania é a produção de normas gerais por sujeitos livres e iguais, capazes de autoconhecimento, autoconsciência e autorrepresentação.³⁵

Como afirma Ana Flauzina em sua dissertação de Mestrado, “a obsessão pelo controle dos corpos negros e o projeto de extermínio [...] são os vetores mestres que ainda hoje balizam a atuação do sistema penal”³⁶, apontando a existência de um padrão instituído na sociedade colonial com o qual ainda não se rompeu efetivamente³⁷. Será que essa ruptura é possível ao se reivindicarem noções de direito, que, originariamente, escapam à titularidade de pessoas não-brancas? Até que ponto essa oposição entre o manifesto e o latente, entre o direito e a polícia, representa efetivamente contradição? Há condições epistemológicas para um estado de direito sem um estado de polícia? Quais os limites da “deslegitimação” punitiva que tenha por base a defesa do estado de direito e, por tabela, da tradição liberal, que até o momento não existiu sem o “estado de polícia” – não como modelos antagônicos, mas caras-metades?

3.2. *Direito penal de ato e de autor*

De maneira a compreender as dimensões dessa complementariedade entre os modelos ideais de estado propostos por Zaffaroni, pode-se falar na dicotomia entre os direitos penais de ato e de autor, consequência da classificação dos discursos legitimantes do poder punitivo a partir da “essência” do delito em sua relação com o sujeito ativo do crime. “Enquanto, para alguns [...], o delito constitui uma infração ou lesão jurídica [direito penal de ato], para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica [direito penal do autor].”³⁸

A cada um desses direitos, como explica Flauzina, pode-se associar uma fase de desenvolvimento do pensamento criminológico. No primeiro caso, típico da escola clássica, projetada no continente europeu no século XVIII, o esforço intelectual de seus teóricos estava voltado à produção de um direito “baseado numa aritmética punitiva de fins utilitaristas”, em nome do bem comum, da defesa social e da “contenção/substituição de um sistema penal tomado como abusivo em suas práticas”³⁹.

34. ZAFFARONI, 2015, p. 42 e ss.

35. MBEMBE, 2016, p. 124.

36. FLAUZINA, 2006, p. 138.

37. De forma semelhante: CARVALHO, 2020.

38. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 131.

39. FLAUZINA, 2006, p. 16.

“O direito penal do ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte, a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade (ou seja, da autonomia da vontade com que atuou).”⁴⁰

Quanto ao direito penal do autor, no bojo do paradigma positivista do século XIX, a Criminologia de fundo etiológico, ao perquirir pelas causas do crime em seus autores, buscará corrigi-los e transformá-los⁴¹, seja a partir de uma referência moral (inferioridade pecaminosa) ou mecânica (periculosidade)⁴². Em vista disso, Zaffaroni afirma que o direito penal do autor nega sua condição de pessoa⁴³ e assume uma faceta flagrantemente autoritária, descrita por ele como incompatível com o Direito Penal liberal, uma vez que tem o condão de ampliar irrestritamente o estado de polícia e o poder de punir⁴⁴.

Ocorre que “as diferenças de fundo entre as duas concepções no que [concerne] ao objeto do saber penal não assumem uma condição contraditória, mas, ao contrário, têm um caráter complementar”⁴⁵ expresso na ideologia da defesa social, conforme discutido por Alessandro Baratta em “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”⁴⁶.

Incorporando ao seu discurso as contribuições do paradigma da reação social e da Criminologia crítica, Zaffaroni reconhece que, embora não possa, por si só, legitimar a pena, o direito penal de ato oferece mais subsídios para a limitação do poder punitivo que o direito penal de autor, mas deve assumir a iniludível seletividade da criminalização secundária para romper com a tradição retributiva jus-privatista e renunciar a quaisquer elementos pré-jurídicos (ônticos) de delito.⁴⁷

Isso parece indicar que o direito penal de ato, segundo Eugenio R. Zaffaroni, é ponto de partida para que se reconheçam falhas em sua “aplicabilidade”, o que fica mais evidente quando defende que o direito penal humano deva incorporar todas

40. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 133.

41. FLAUZINA, 2006, p. 17.

42. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 131.

43. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 133.

44. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 112.

45. FLAUZINA, 2006, p. 17.

46. BARATTA, 2011, pp. 42 e ss.

47. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 133-134.

as contribuições do Direito Penal liberal, tido como díspar não em seus “enunciados formais, mas, sobretudo, no que se refere a sua fonte e natureza”⁴⁸.

4. NOMEANDO A NORMA PARA SUPERAR O AGNOSTICISMO DA PENA

Sustentar a existência de um defeito adjetivo no discurso jurídico-penal clássico, supostamente corrigível pela incorporação dos dados de seletividade do controle penal, faz coro ao déficit da Criminologia crítica quando não assume que o racismo está vinculado ao sistema penal brasileiro de maneira substantiva desde seu nascedouro⁴⁹ na forma do projeto genocida do Estado. Ao tangenciar o problema, evitando confrontá-lo, concordo com Ana Flauzina em sua afirmação de que a letargia da Criminologia crítica atende, mesmo com seu potencial deslegitimante, à manutenção dos projetos hegemônicos de assimetria racial na construção de um discurso jurídico funcional ao sistema.⁵⁰

Contrariamente a Juarez Cirino dos Santos, que acusa a teoria negativa/agnóstica da pena de “romper com a tradição histórica da Criminologia Crítica [em seu desinteresse pelas] realidades ocultas por detrás da aparência de instituições sociais”⁵¹, acredito que Zaffaroni dá continuidade a essa tradição quando se recusa a reconhecer que o racismo é função latente da pena⁵². Nesse sentido, a teoria negativa/agnóstica da pena oferece, do ponto de vista teórico, baixo rendimento deslegitimante em relação ao poder de punir nacional, vez que tonifica o Direito Penal liberal e, assim, atende à manutenção dos projetos hegemônicos de assimetria racial na construção de um discurso jurídico funcional ao sistema.⁵³

Mesmo que bem-intencionadas, as opções construtivo-dogmáticas de Zaffaroni reincidentem em paradoxos aparentemente incontornáveis, como “a fundamentação da imputação e, logo, [a legitimação de] poder de punir, de um lado, e a delimitação da medida da pena, quando preenchidos os pressupostos para sua imposição”⁵⁴.

Ressalto, nesse ponto, que “o poder opera por ficções, que não são apenas textuais, mas estão materialmente engajadas na produção do mundo”⁵⁵. Isso significa

48. ZAFFARONI, 2015, p. 31.

49. FLAUZINA, 2006, p. 33; CARVALHO, 2020.

50. FLAUZINA, 2006, p. 139.

51. SANTOS, 2012, p. 434.

52. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 98.

53. FLAUZINA, 2006, p. 139.

54. TAVARES, 2011, p. 137.

55. MOMBAÇA, 2021, p. 65.

que “autores e histórias aparentemente críticos da sociedade disciplinar e de controle podem, contraditoriamente, operar na atualização dos sistemas contra os quais escrevem”⁵⁶, uma vez que tomem as ficções de poder como inescapáveis.

Até que ponto a teoria negativa/agnóstica da pena legitima menos poder de punir do que o Direito Penal liberal e o Direito Penal autoritário? Este último, por exemplo, ao defender explicitamente o “estado de polícia”, apresenta flancos mais débeis às militâncias alinhadas à defesa dos direitos humanos.⁵⁷ A complexidade das proposições de Zaffaroni constitui verniz discursivo bastante convincente, que as pode blindar de eventuais críticas.

Ainda mais, ao recorrer à ideia de “poder subterrâneo de controle e vigilância”⁵⁸ como a entidade maior da qual o poder punitivo seria apenas pretexto, Zaffaroni não é capaz de efetivamente “nomear a norma”, garantindo que se perpetuem às posições privilegiadas (normativas) a não-marcação, o não-questionamento, “seu conforto ontológico, sua habilidade de perceber a si como norma e ao mundo como espelho”⁵⁹.

“A violência é socialmente distribuída, [e] não há nada de anômalo no modo como ela intervém na sociedade. É tudo parte de um projeto de mundo, de uma política de extermínio e normalização, orientada por princípios de diferenciação racistas, sexistas, classistas, cissupremacistas e heteronormativos, para dizer o mínimo. [...] Nomear a norma é [...] confrontar-se consigo próprio, expor os regimes que o sustentam, bagunçar a lógica de seu privilégio, intensificar suas crises e desmontar sua ontologia dominante e controladora.”⁶⁰

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o poder punitivo se habilita segundo normas latentes manifestamente institucionais, como o racismo, não seria mais estratégico (caso o objetivo seja efetivamente conter poder de punir) produzir uma dogmática deslegitimante em relação

56. MOMBAÇA, 2021, p. 66-67.

57. Zaffaroni afirma o contrário, que as contradições e confusões do Direito Penal liberal o deixariam mais frágil às críticas que o Direito Penal autoritário, vez que este defende o estado policial sem rodeios. Em: ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 96.

58. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 98.

59. MOMBAÇA, 2021, p. 75.

60. MOMBAÇA, 2021, p. 74-75.

ao próprio racismo, ainda que em uma dimensão micropolítica, ainda que isso implique implodir o próprio discurso jurídico?

É contundente a ausência de autoras/es não-brancas/os na história das Ciências Criminais, sintomática dos inúmeros processos coloniais de segregação, extermínio, controle e silenciamento. Observa-se, como em tantos outros campos do saber, a hegemonia de autores cishomens brancos, que, até então, vêm se escamoteando em discursos desincorporados (ainda que críticos).

A obra de Eugenio R. Zaffaroni, não problematizada em relação a sua matriz branca, insiste em oferecer respostas ou diretrizes para os órgãos jurisdicionais, mas parece ocorrer, contraditoriamente, aquilo que o jurista já havia identificado em relação ao discurso jurídico “tradicional”: oferecer supostos parâmetros de racionalização para a aplicação da lei, mas, ao cabo, legitimar um poder à margem dela⁶¹. Simultaneamente, observo que a elaboração do discurso penal crítico, pela sua hermeticidade, reforça o narcisismo que lhe é ínsito, sem que isso necessariamente represente redução do sofrimento da população apenada.

“Por que, então, fazer dogmática penal?”⁶² é a questão colocada por Juarez Ciriño, que parece nortear toda produção dogmática que, no mínimo, não ignore a crítica criminológica. Assumir a imprescindibilidade da doutrina confere uma dimensão bastante pretensiosa a quem a produz, que se confunde com quem estuda e pesquisa Direito. Isso engendra uma situação inescapável, uma arapuca que exige dos juristas respostas, soluções, orientações, sendo que “não há qualquer base de sustentação que possa alicerçar uma formulação coerente”⁶³ do discurso jurídico-penal no Brasil.

Ainda, ao considerar que as Faculdades de Direito são as principais agências de reprodução ideológica do discurso jurídico-penal⁶⁴, Zaffaroni sugere uma operacionalização da dogmática no âmbito do sistema penal (ou sistema de justiça criminal), que opera ou converge na produção da criminalização⁶⁵, entendida como a seleção penalizante levada a cabo pelo Estado.⁶⁶

É possível que a universidade não opere ou convirja na atualização desse sistema? Como conhecer as normas penais sem produzir dogmática? Como ensinar Direito Penal sem reforçar as ficções que estruturam esse saber?

61. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 70 e ss.; MBEMBE, 2016, p. 132.

62. SANTOS, 2012, p. 454.

63. FLAUZINA, 2006, p. 27.

64. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 62.

65. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 43.

66. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 60.

Zaffaroni identifica o Direito Penal à doutrina⁶⁷, mas a ideia de “Direito Penal” é ambígua e pode significar tanto um setor do ordenamento⁶⁸, isto é, um conjunto de normas jurídicas⁶⁹, quanto sua suposta “ciência”⁷⁰. Partindo dessa distinção, talvez seja possível pensar outras maneiras de estudar o Direito Penal sem que isso renda eficácia legitimante em relação ao poder punitivo.

Não se trata de “abrir mão” da doutrina, senão insistir no “trabalho continuado de reimaginação do mundo e das formas de conhecê-lo”⁷¹, o qual necessariamente passa pela abolição do mundo que conhecemos, fundado na “violência do colonizador contra as gentes colonizadas”⁷².

“[...] resistir ao desejo projetivo é uma aposta na possibilidade de escapar à captura da nossa imaginação pelas forças reativas do mundo contra o qual lutamos. Recusar-se a oferecer alternativas não é, portanto, uma recusa à imaginação, mas um gesto na luta para fazer da imaginação não uma via para o recentramento do homem e reestruturação do poder universalizador, mas uma força descolonial, que libere o mundo porvir das armadilhas do mundo por acabar.”⁷³

Para além de toda culpabilização, que não conduz à prática reparativa alguma⁷⁴, é importante experimentar formas alternativas de enunciação e produção de conhecimento que, ao mesmo tempo que diversifiquem referências, busquem romper com lógicas de re-colonização pela valorização da diferença⁷⁵, impliquem o corpo⁷⁶, estressem cânones e abram espaço para outras compreensões sobre o lugar da pesquisa em Direito.

67. ZAFFARONI; BATISTA; et al., 2013, p. 38.

68. JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 10-12; SANTOS, 2012, p. 3; VARGAS, 1997, p. 17-18.

69. MIR PUIG, 2016, p. 42; FRAGOSO, 1994, p. 3; VARGAS, 1997, p. 17-18; BATISTA, 2013, p. 48.

70. BATISTA, 2013, p. 48.

71. MOMBAÇA, 2021, p. 67-68.

72. MOMBAÇA, 2021, p. 81-82.

73. MOMBAÇA, 2021, p. 82-83.

74. KILOMBA, 2019, p. 44-46.

75. MOMBAÇA, 2020, p. 7 e ss.

76. BRAGA; PRANDO, 2016.

6. REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BRAGA, Ana Gabriela; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Práticas pedagógicas feministas e criminologia crítica: liberdade, transgressão e educação. In: *Boletim do IBCCrim*, ano 24, n. 280, março, 2016.
- CARVALHO, Luiza Sousa de. *Condenados ao tronco, ao ferro e à prisão: o encarceramento como expressão do genocídio antinegro no Brasil*. 2020. 124 f., il. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.
- KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: Episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.
- MBEMBE, Achille. Necropolítica. In: *Arte & Ensaios*, Rio de Janeiro, n. 32, dez. 2016.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- MOMBAÇA, Jota. A plantação cognitiva. In: *MASP + Afterall*, 2020. Disponível em: [assets.masp.org.br/uploads/temp/temp-QYyC0FPJZWoj7Xs8Dgp6.pdf]. Acesso em: 29.09.2022.
- MOMBAÇA, Jota. Notas estratégicas quanto aos usos políticos do conceito de lugar de fala. In: *Buala*, 2017. Disponível em: [www.buala.org/pt/corpo/notas-estrategicas-quanto-aos-usos-politicos-do-conceito-de-lugar-de-fala]. Acesso em: 29.09.2022.
- MOMBAÇA, Jota. *Não vão nos matar agora*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2021.
- MOMBAÇA, Jota. Rumo a uma redistribuição desobediente de gênero e anticolonial da violência! In: *Issu*, 2016. Disponível em: [issuu.com/amilcarpacker/docs/ru-mo_a_uma_redistribuic_a_o_da_vi]. Acesso em: 29.09.2022.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de repressão: uma contribuição trans-disciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

- TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. t. I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: *Discursos Seditiosos*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 32-44, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Humano ou Inumano? In: *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, año 3, n. 6, p. 27-47, agosto 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. México: Editorial Porrúa, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A necropolítica criminal brasileira: do epistemicídio criminológico ao silenciamento do genocídio racializado, de Isabella Miranda – *RBCCrim* 135/231-268;
- El problema de la alteridad en la eidética pragmatológica de Zaffaroni, de Diego Roberto Luna – *RBCCrim* 79/158-184;
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235;
- Frantz Fanon e criminologia crítica: pensar o estado, o direito e a punição desde a colonialidade, de Jonhatan Razen Ferreira Guimarães e Marcos Vinicius Lustosa Queiroz – *RBCCrim* 135/307-341;
- O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de eugenio Raúl Zaffaroni, de André Szesz – *RBCCrim* 184/217-243;
- O racismo do sistema penal na perspectiva da psicologia experimental – diálogos possíveis com a criminologia, de Marina Lacerda e Silva e Ricardo de Lins e Horta – *RBCCrim* 135/417-445; e
- Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin, de Antonio Leal de Oliveira e Raoni Vieira Gomes – *RBCCrim* 135/73-96.